

## **LA ATRIBUCIÓN AL ESTADO DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR LOS HECHOS ILÍCITOS DE LOS PARTICULARES E INTENTOS DE FLEXIBILIZACIÓN**

ABEL G. MORENO FERNÁNDEZ\*

**SUMARIO:** I. ATRIBUCION DE RESPONSABILIDAD AL ESTADO POR SU COMPORTAMIENTO A CONSECUENCIA DE HECHOS ILÍCITOS DE PARTICULARES. 1. Atribución de responsabilidad al Estado por no actuar con la “debida diligencia”. 2. Atribución de responsabilidad al Estado por el comportamiento que él reconoce y adopta como propio. II. ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR EL COMPORTAMIENTO DE PARTICULARES QUE ACTÚAN POR CUENTA DEL ESTADO: 1. Atribución de responsabilidad al Estado por los hechos de las autoridades realizados “por necesidad”. 2. Atribución de responsabilidad al Estado por los hechos de los agentes “*de facto*”. III. INTENTOS DE FLEXIBILIZACIÓN: 1. Intentos de flexibilización jurisprudencial: Del control efectivo al control general. 2. Intentos de flexibilización en la práctica no jurisprudencial: Atribución de responsabilidad por el apoyo, patrocinio o amenaza.

La pauta fundamental de la existencia de la Comunidad Internacional, sigue siendo, hoy día, los Estados soberanos. Las relaciones entre éstos presentan muchos momentos de tensión, controversia y rupturas.

La mayor o la menor institucionalidad y reglamentación internacionales para resolver esas zonas de conflictos en las relaciones entre los Estados, puede tomarse como un indicativo fundamental para valorar el grado de solidez y desarrollo de la comunidad internacional.

Puede hablarse de una existencia más que precaria de la comunidad internacional, durante la época en que era válido y aceptado que los Estados, am-

---

\*. Estudiante de Segundo año del Doctorado en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales del Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset. Especial agradecimiento para la elaboración de este ensayo a la ayuda y los comentarios brindados por el Prof. Cesareo Gutiérrez Espada.

parados en su soberanía, pudieran hacerse justicia por sí mismos, y recurrir al uso de la fuerza para la solución de sus conflictos.

La cuestión se hace compleja cuando la comunidad internacional, tal y como hizo en la Carta de Naciones Unidas, asume como uno de sus principios cardinales, la prohibición del uso de la fuerza, sin contar con el desarrollo institucional y reglamentación suficientes para solucionar pacíficamente las controversias en que se ven envueltos los Estados en sus relaciones.

Son precisamente estas circunstancias las que han hecho imprescindible para la comunidad internacional contemporánea la existencia de una normativa que reglamente la responsabilidad internacional del Estado.

Entender que la regulación de la responsabilidad internacional del Estado constituye un eje cardinal en la construcción de una comunidad internacional que excluye el uso de la fuerza no ha sido suficiente para desplazar el permanente recurso a ella y a que el Estado se desprenda de la visión que le atribuye un carácter absoluto a la Soberanía.

La mayor evidencia de ello ha sido la resistencia "pacífica" de los Estados, durante más de cuatro décadas, a adoptar un tratado internacional que regule los contenidos y consecuencias de la responsabilidad internacional del Estado derivado de su comportamiento internacional, por comisión u omisión.

En el año 2001 la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas sometió a la Asamblea General un Proyecto de Artículos definitivo sobre la responsabilidad internacional de los Estados por los hechos ilícitos. Lamentablemente éste continúa a la espera de convertirse en un instrumento internacional aceptado por todos los Estados, como lo es en la actualidad la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969.

El estudio de la responsabilidad internacional ha estado dominado por el establecimiento de los contenidos y límites del Hecho Ilícito Internacional, asumido como la fuente principal generadora de ella.

La doctrina distingue, en el hecho ilícito internacional, un elemento objetivo y otro subjetivo. El primero comprende todo comportamiento del Estado que constituye una violación a una obligación internacional. El segundo, es la atribución de ese comportamiento a un sujeto de derecho internacional, en este caso, al Estado.

Para que un determinado comportamiento sea atribuible al Estado es necesario que sea realizado por uno de sus órganos y excepcionalmente, en condiciones muy delimitadas por el derecho internacional, son atribuidos al Estado los hechos de los particulares.

Nuestro análisis se concretará en saber cuándo y en qué circunstancias una acción u omisión llevada a cabo por particulares, violatoria de una obligación internacional, constituye un comportamiento atribuible al Estado.

## I. LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD AL ESTADO POR SU COMPORTAMIENTO A CONSECUENCIA DE LOS HECHOS ILÍCITOS DE PARTICULARES

Según las reglas generales de atribución, el Estado sólo es responsable por los hechos ilícitos de sus órganos<sup>1</sup>, y únicamente en dos situaciones excepcionales la atribución le viene establecida por los hechos de los particulares<sup>2</sup>:

<sup>1</sup>. Véase los comentarios al artículo 4 Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos. Informe de la Comisión de Derecho Internacional. Quincuagésimo tercer período de sesiones. (23 de abril a 1 de junio y 2 de julio a 10 de Agosto de 2001) Asamblea General. Documentos oficiales. Quincuagésimo sexto período de sesiones. Suplemento número 10 (56/10). Naciones Unidas, New York, 2001. Disponible versión electrónica en: [http://www.un.org/law/ilc/texts/State\\_responsibility/responsibilityfra.htm](http://www.un.org/law/ilc/texts/State_responsibility/responsibilityfra.htm). Igualmente disponible en versiones Doc. en: <http://icil.law.cam.ac.uk/ILCSR/Statresp.htm> [Ref. 2 de enero 2005]. Véase también sobre las reglas generales de atribución de la responsabilidad a ANTONIO REMIRO BROTONS et al, *Derecho Internacional*, primera Edición, Madrid, McGraw Hill, 1997 pp. 419-426. Véase también a MANUEL DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, decimocuarta edición, Madrid. Tecnos, 2003, pp.749-771. JULIO D. GONZALEZ CAMPOS, LUIS I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, PAZ ANDRÉS DE SANTA MARÍA, *Materiales de Práctica de Derecho Internacional Público*, tercera edición, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 249-60

<sup>2</sup>. Véase el Art. 11 acápite 1. Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados. Texto del proyecto de artículos aprobado provisionalmente en primera lectura. Cuadragésimo octavo período de sesiones. Asamblea General. Documentos oficiales. 1996; también los comentarios al Art. 8. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. Informe de la Comisión a la Asamblea General de las Naciones Unidas. Asamblea General. Documentos Oficiales. 1974. Vol. II. Primera parte. P. 287-291; y también al Art.11. Anuario de la CDI... 1975. Vol. II. Primera parte. P. 76-89. Véase también los comentarios a los Arts. 8, 9 y 11 Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos... (op. cit. 1) pp. 91-100, 109-113; Véase también para referencias doctrinales, CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA, *Los conceptos de "guerra preventiva" y de "legítima defensa preventiva" a la luz de la jurisprudencia internacional contemporánea*. Del mismo autor, también: *La imputación al Estado de los hechos internacionalmente ilícitos*. Ambos trabajos inéditos que he podido conocer por cortesía del autor. Véase también a DEREK JINKS. *State responsibility for the acts of private armed groups. State responsibility for sponsorship of terrorist and insurgent groups*. (4 Chi. J. Int'L.83) [En línea]. Chicago, Journal of International Law. Spring, 2003. Disponible vía Web: [www.Westlawinternational.com](http://www.Westlawinternational.com) [base de datos] 10 de enero 2005.

a) cuando los particulares actúan por cuenta del Estado al cometer el hecho ilícito y b) cuando el Estado asume una determinada conducta, a consecuencia directa de los hechos ilícitos previamente cometidos por los particulares.

Si bien es cierto que esta última no constituye *strictu sensu* un caso de atribución al Estado por los hechos de particulares, sino que se trata de una atribución por su propio comportamiento, su tratamiento dentro del tema que nos ocupa es de vital importancia, ya que en la práctica ambas categorías suelen fundirse de manera inseparable y en muchos casos, como en los supuestos de terrorismo internacional, esta distinción conceptual podría resultar insustancial.

En ese sentido, y pese a que estamos analizando la atribución al Estado por los hechos de los particulares, resulta necesaria una previa explicación de 1) los casos en que el Estado es responsable por su inacción frente a hechos ilícitos cometidos por particulares y 2) los casos en que el Estado asume voluntariamente ese comportamiento ilícito de los particulares como propio.

El artículo 11 del proyecto de artículos de la CDI aprobado en primera lectura en 1996 ya en 1975 establece lo siguiente:

*“Artículo 11. Comportamiento de personas que no actúan por cuenta del Estado.*

*1. No se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas que no actúe por cuenta del Estado.*

*2. El párrafo 1. se entenderá sin perjuicio de la atribución al Estado de cualquier otro comportamiento que, hallándose relacionado con el de las personas o grupos de personas a que se refiere dicho párrafo, debe considerarse hecho del Estado en virtud de los artículos 5 a 10”<sup>3</sup>.*

Los casos que contempla el párrafo 2) del citado artículo, podrían resumirse en dos supuestos:

<sup>3</sup>. Los hechos del Estado que están contemplados en los artículos del 5 al 10 son los siguientes: Art. 5 (Atribución al Estado del comportamiento de sus órganos). Art. 6. (No pertenencia de la posición de órgano en el marco de la organización del Estado). Art. 7 (Atribución al Estado del comportamiento de otras entidades facultadas para ejercer prerrogativas del poder público). Art. 8. (Atribución al Estado del comportamiento de personas que actúan de hecho por cuenta del Estado). Art. 9 (Atribución al Estado del comportamiento de órganos puestos a su disposición por otro Estado o por una organización internacional). Art. 10. (Atribución al Estado del comportamiento de órganos que actúan excediéndose en su competencia o en contra de las instrucciones concernientes a su actividad).

1. Cuando producto de un hecho ilícito por parte de los particulares el Estado no actúa con el “deber de diligencia” que el derecho internacional le tiene asignado.
2. Cuando el Estado reconoce y adopta como propio un comportamiento ilícito previamente cometido por particulares.

Tanto uno como el otro, a pesar de tener referentes clásicos en la jurisprudencia internacional del TIJ, como sería el *Asunto diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán*<sup>4</sup>, presentan cierta actualidad internacional, como podría ser por ejemplo, los atentados terroristas del 11-S, de 2001 donde el régimen talibán incumplió con su “deber de diligencia”<sup>5</sup> o la aceptación expresa a finales de 2003 por parte del gobierno de Libia del atentado de Lockerbie<sup>6</sup>, cometido por un grupo de particulares.

### 1. Atribución al Estado por no actuar con la “debida diligencia”

La atribución de responsabilidad por no cumplir con el “deber de diligencia” supone una acción o una inacción por parte del Estado frente a hechos ilícitos de particulares, en contradicción con lo que de él exige una obligación internacional vigente.

<sup>4</sup>. Asunto concerniente al Personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán. Estados Unidos contra Irán. Tribunal Internacional de Justicia. 24 de Mayo de 1980. CIJ Recueil 1980. Disponible también vía electrónica en [www.un.com](http://www.un.com) y en [www.westlawinternational.com](http://www.westlawinternational.com) [base de datos] (citado como: 1980 I.C.J. 3).

<sup>5</sup>. Véase la Resolución 1368 (2001) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. 12 de Septiembre de 2001. 4370ª Sesión. S/RES/1368 (2001). Par. 3; véase también la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. 28 de Septiembre de 2001. 4385ª Sesión. S/RES/1371(2001).

<sup>6</sup>. Véase el texto de la Carta donde el gobierno libio acepta expresamente la responsabilidad por los hechos. Disponible versión electrónica en : <http://News.bbc.co.uk/go/pr/fr/-/1/hi/scotland/31558525.stm>. Sobre el Asunto Lockerbie en sentido general véase *International Legal Perspectives Lockerbie Timeline*. Symposia. [en línea]. Spring, 1999. Disponible vía web en: [www.westlawinternational.com](http://www.westlawinternational.com) [base de datos]. Citado como (11 Int’L Legal Perp. 1) Ref. 10 de enero 2005. ANTONIO REMIRO BROTONS, *Desvertebración del Derecho Internacional en la sociedad globalizada*, Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional. 2001, Tirant lo blanch, (CEBDI, vol. V. 2001) pp. 45-383. GERALD P. MCGINLEY, *The ICJ’s decisions in the Lockerbie cases*. [en línea]. Georgia Journal of International and Comparative Law, fall, 1992. Disponible vía web en: [www.westlawinternational.com](http://www.westlawinternational.com) [base de datos]. Citado como: (22 Ga. J. Int’l & Comp. L. 557).

Estos casos podrían ser, por ejemplo, si a propósito de un atentado cometido contra un particular extranjero, el Estado faltara a su deber de castigar al responsable<sup>7</sup>; también en el caso de que ante una situación de manifestación popular, el Estado no actuara diligentemente en la protección de bienes de un Estado extranjero o de su personal diplomático o consular<sup>8</sup>; o en los casos en los cuales un Estado da protección dentro de sus fronteras a grupos terroristas, para que éstos lleven a cabo planes que pongan en peligro los intereses esenciales<sup>9</sup> de terceros estados<sup>10</sup>.

Para la CDI, la atribución al Estado por faltar a su “deber de diligencia” puede darse en cuatro situaciones: 1) Cuando se produce una inacción por parte del Estado frente a los hechos ilícitos cometidos por particulares contra “simples particulares extranjeros”<sup>11</sup>; 2) cuando se produce una inacción por parte del Estado en la prevención y/o el castigo por los hechos cometidos por particulares contra personas o bienes extranjeros en ocasión de situaciones de revuelta popular, motines o disturbios en sentido general<sup>12</sup>; 3) cuando se produce una inacción por parte del Estado en la prevención y/o el castigo por los hechos ilícitos cometidos por particulares contra representantes extranjeros<sup>13</sup> y 4) cuando se produce una inacción por parte del Estado en la prevención y/o castigo por los hechos ilícitos cometidos por particulares contra la seguridad de Estados extranjeros<sup>14</sup>.

La práctica jurisprudencial parece ir en la misma línea de la Comisión, ya que de una manera u otra se llega a las mismas conclusiones. Así:

<sup>7</sup> Véase el Art. 8. Anuario de la Comisión... (op. cit. 1) pp. 77 Par. 4. Véase también a JAN ARNO HESSBRUEGE *The historical development of the doctrine of attribution and due diligence in international law*. [en línea] Disponible vía web en: [http://www.nyu.edu/pubs/jilp/main/issues/36/36\\_2\\_3\\_Hessbruegge.pdf](http://www.nyu.edu/pubs/jilp/main/issues/36/36_2_3_Hessbruegge.pdf). Véase también a GORDON A. CHRISTENTON, *Attributing acts of omission to the State*. [en línea] Michigan Journal of International Law, Winter 1991. Disponible vía web en: [www.westlawinternational.com](http://www.westlawinternational.com) [base de datos]. Citado como (12 Mich.J.Intl.L.312), Ref. 20 de enero 2005.

<sup>8</sup> Véase Asunto diplomático y consular... (op. cit. 4).

<sup>9</sup> Sobre el problema de los intereses esenciales véase los comentarios al artículo 25 del Proyecto de artículos... (op. cit. 1).

<sup>10</sup> Véase, por ejemplo, el caso el grupo terrorista *Al-qaeda* en Afganistán y sus respectivas condenas por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas por, entre otras cosas, faltar a su “deber de diligencia”. Sobre las resoluciones ver cita 5.

<sup>11</sup> Anuario de la Comisión.....(op cit. 2) p. 83 par. 23.

<sup>12</sup> Ídem.

<sup>13</sup> Ídem.

<sup>14</sup> Ídem.

En el *Asunto Poggioli*, la Comisión de reclamaciones Italo-Venezolana de 1903 conoció el caso en el que varios particulares intentaron asesinar a un nacional italiano. El tribunal arbitral condenó a Venezuela porque “ciertos órganos del gobierno no han ejercido correctamente sus funciones [la de castigar a los particulares] y por esta falta el gobierno de Venezuela debe ser tenido como responsable”<sup>15</sup>.

El árbitro en sus conclusiones aclaró que, a pesar de que no se pudo determinar si los particulares que cometieron el hecho ilícito eran realmente agentes del Estado, sí estaba claramente establecido, independientemente de su condición o no de particulares, que “las autoridades del gobierno local se habían hecho culpables de no haber castigado o tratado de castigar jamás a los autores de los crímenes perpetrados”<sup>16</sup>.

En 1920, en el *Asunto Home Frontier and Foreign Missionary Society of the United Brethren in Christ*, el tribunal arbitral llegó a una conclusión similar, a propósito de una revuelta popular donde no consideró al Estado responsable, “si él mismo no era culpable de la violación de la buena fe o de negligencia en la represión de la insurrección”<sup>17</sup>.

Ya para los años 20 la cuestión estaba más clara, cuando a propósito del *Asunto de los bienes británicos en el Marruecos español* (Mayo de 1923), el árbitro estableció dos cuestiones dignas de resaltar: 1) que en los casos de hechos de los particulares contra extranjeros, la responsabilidad internacional del Estado sólo queda comprometida a consecuencia de la falta de sus órganos de “prevenir o castigar los actos aludidos”<sup>18</sup> y 2) que la cuantía de la reparación debida por el Estado sólo es frente a sus propios hechos, no por las consecuencias de los hechos de los particulares<sup>19</sup>.

Por consiguiente, para el árbitro, “la responsabilidad por la acción o la inacción del poder público es completamente distinta de la responsabilidad por actos imputables a personas que escapan a la influencia de las autoridades o les son abiertamente hostiles”<sup>20</sup>.

<sup>15</sup>. Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, vol.X No. De venta 60. V. 4, p. 689, citado a su vez por el Anuario de la Comisión... (op.cit.2) p. 80, par. 14.

<sup>16</sup>. Anuario de la Comisión... (op.cit.2) p. 80 cita 105.

<sup>17</sup>. Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*. Vol VI. No de venta 1955, v. 3. Citada a su vez por el Anuario de la Comisión... (op. cit.2) p. 80, par. 14.

<sup>18</sup>. Ibid. p. 80, par. 15.

<sup>19</sup>. Ídem.

<sup>20</sup>. Naciones Unidas. *Recueil des sentences arbitrales*, No de venta 1949 V.1, pp. 642 y ss. Citado a su vez por el Anuario de la Comisión... (op.cit.2) . p. 81, par. 18 cit. 115.

En noviembre de 1925, a propósito del *Asunto Janes*<sup>21</sup> de la Comisión General de Reclamaciones EE.UU./Méjico, el tribunal arbitral consideró, al igual que en el asunto anterior, que “el hecho del particular se atribuye sólo a éste y que el hecho que puede atribuirse al Estado es el de sus propios órganos...las infracciones son diferentes en su origen, su carácter y sus efectos”...[por lo tanto, estimó que] “el Estado estaba obligado, por vía de reparación de su omisión internacionalmente ilícita, a indemnizar a los nacionales extranjeros perjudicados por esa omisión”<sup>22</sup>.

Esta fórmula seguida por la práctica internacional hasta esta época, sentó las bases para establecer la regla general por la cual el Estado no es responsable por los hechos de los particulares, ni los daños que éstos causaran en su territorio. Al Estado sólo le es atribuible el comportamiento o la falta de comportamiento, que lleve a cabo para prevenir y/o reprimir los hechos de esos particulares.

Por otro lado, como resultado de la implementación de esta fórmula en el *Asunto Janes*, en la Conferencia de Codificación de 1930 de la Sociedad de Naciones se discutió la viabilidad o no de esta regla. Como consecuencia de estas discusiones, los Estados llegaron a la siguiente conclusión:

“En cuanto a los hechos cometidos por particulares que causen daños a la persona o los bienes de extranjeros, el Estado sólo es responsable cuando el daño sufrido por los extranjeros proviene del hecho de que el Estado no haya adoptado las medidas que, según las circunstancias, normalmente sean convenientes para prevenir, reparar o reprimir tales hechos”<sup>23</sup>.

Hay que advertir que la fórmula de los tribunales arbitrales fue igualmente utilizada para los casos donde hubo que observar el comportamiento del Estado frente a las consecuencia de los hechos ilícitos de particulares contra personas con derecho a una protección especial, como se puede comprobar en los *Asunto Worowski*<sup>24</sup> y el *Asunto del Asesinato de los miembros italianos de la misión Tellini*<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> Naciones Unidas, *Recueil des sentences arbitrales*, Vol. IV No. De venta: 1951.V.1. pp. 86 y ss. Citado a su vez por el Anuario de la Comisión...(op.cit.2) p. 80, par. 16.

<sup>22</sup> Véase el Anuario de la Comisión...(op. cit.2) pp. 80-81, par. 16.

<sup>23</sup> Sociedad de Naciones. *Actes de la Conference...*p. 175 (cita incompleta). Citado a su vez por Anuario de la Comisión (op. cit.2), p. 82, par. 19, Cit. 118.

<sup>24</sup> Sociedad de las Naciones, *Journal Officiel*, 7mo, año, No 5 Mayo de 1926, p. 661. Citado por el Anuario de la Comisión...(op. cit. 2) p.85, par. 31 cit. 149.

<sup>25</sup> Sociedad de las Naciones. *Journal officiel*, 4º año No 11 (noviembre de 1923), p. 1413. Citado a su vez por el Anuario de la Comisión.. (op. cit. 2) p.84, par. 29, cit. 138.



De este último asunto citado se encargó una comisión especial de juristas que llegó a la siguiente conclusión: "Un Estado sólo incurre en responsabilidad por un delito político cometido contra la persona de extranjeros en su territorio si no ha adoptado las disposiciones pertinentes para prevenir el delito y para perseguir, detener y juzgar al delincuente. El hecho de que un extranjero se halle investido de un carácter público reconocido y las circunstancias en que se encuentra en el territorio del Estado entraña para éste un deber de vigilancia especial respecto del mismo"<sup>26</sup>.

Para los supuestos de inacción del Estado en la prevención y/o castigo por los hechos de particulares contra la seguridad de Estados extranjeros –cuestión que presenta especial actualidad–, ya en 1975, la CDI se preguntaba si éstas equivaldrían a una situación especial de atribución diferentes a las analizadas anteriormente. Y avanzaba como respuesta que la atribución al Estado seguiría la misma fórmula.

*"Se acusará al gobierno del país de haber incumplido, en lo que le concierne, obligaciones internacionales de vigilancia, protección y control, o de haber faltado al deber específico de no tolerar en su territorio la preparación de acciones dirigidas contra un gobierno extranjero o susceptibles de poner en peligro la seguridad de este gobierno, etc... Para que el Estado pueda incurrir en una responsabilidad debida a otras causas, una responsabilidad que emane directamente de acciones cometidas por las bandas o grupos considerados, es preciso que la situación sea distinta. Para ello, las relaciones de esos grupos con el gobierno del país en que tienen su base han de ser de naturaleza diferente o más estrecha. Cuando se comprueba que ese gobierno alienta e incluso procura promover la organización de esos grupos... pasan a ser entidades que actúan de consumo con el Estado..."<sup>27</sup>.*

Para la CDI, en su Anuario de 1975, sólo dos son las conclusiones que se pueden extraer de la práctica jurisprudencial cuando se trata de establecer la atribución al Estado por faltar a su "deber de diligencia": 1). Que los hechos

<sup>26</sup>. Sociedad de las Naciones. *Journal officiel*, 5º año No 11 (abril de 1924), p. 524. Citado a su vez por el Anuario de la Comisión... (op. cit. 2) p.85, pár. 29, cit. 147.

<sup>27</sup>. Anuario de la Comisión... (op. cit. 2). p. 32, par. 32. Esta fórmula es precisamente importante para el tema que nos ocupa, y es bueno tenerla en consideración, porque principalmente a partir de estas conclusiones y de las que lleguemos cuando analicemos los casos de los particulares que actúan en nombre del Estado, abordaremos los problemas de atribución que nacen en el asunto de los atentados del 11-S y la Doctrina de la Guerra Preventiva.

puramente de particulares, como regla general no pueden atribuirse al Estado. 2); que en los casos en que se invoque la responsabilidad internacional de un Estado con relación a los hechos ilícitos de los particulares, la atribución será únicamente por el comportamiento adoptado por sus órganos<sup>28</sup>.

Esta fórmula se ve consolidada en la práctica internacional, cuando posteriormente, en 1980, el TIJ llega a una conclusión similar en el *Asunto del personal diplomático y consular de Estados Unidos en Teherán*<sup>29</sup>.

En este asunto, las autoridades iraníes no cumplieron con su “deber de diligencia” para prevenir y poner fin al secuestro llevado a cabo por particulares de la embajada y los consulados de EE.UU. en Teherán, Tabriz y Shiraz. En palabras del Tribunal:

*“El ataque a la Embajada de EE.UU. el 4 de noviembre de 1979, y los ataques a los Consulados de Tabriz y Shiraz el día siguiente, no pueden ser considerados en si mismos imputables al Estado Iraní, lo que no significa que Irán esté, en consecuencia, libre de toda responsabilidad con respecto a esos ataques<sup>30</sup>, por estar su conducta en conflicto con sus obligaciones internacionales...[el Estado de Irán]... falló en tomar los pasos apropiados para proteger el edificio, personal y archivos de la misión de EEUU contra los ataques de los militantes, y también en no tomar ningún paso para prevenir este ataque o para detenerlo antes de que se llevara a cabo”<sup>31</sup>.*

Este principio, confirmado por el TIJ en 1980, queda implícitamente recogido en 2001 por la CDI en su proyecto de artículos aprobado en segunda lectura dentro de los casos de atribución al Estado por el comportamiento de sus órganos<sup>32</sup>. Implícito, porque la CDI no considera que se le deba dar un tratamiento especial, sino que lo abarca de manera general, dentro de los casos de atribución al Estado por el comportamiento ilícito de sus órganos, ya sea a consecuencia o no de hechos ilícitos previamente realizados por particulares. Dice la CDI en sus comentarios:

<sup>28</sup>. Ibid.

<sup>29</sup>. Asunto diplomático y consular... (op. cit. 4).

<sup>30</sup>. Como se puede apreciar en las palabras puestas en cursiva, hay una cierta diferencia entre la fórmula de la CDI y la fórmula del TIJ. Mientras los trabajos de la CDI y las jurisprudencias arbitrales no vinculan la inacción de las autoridades y los hechos de los particulares, el TIJ lo hace de manera clara.

<sup>31</sup>. Asunto diplomático y consular... (op.cit.4). Par. 61, 63 (énfasis añadido).

<sup>32</sup>. Artículo 4 del Proyecto de artículos.... (op. cit. 1).

*“...lo mismo se aplica a otras normas que entrañan cierto grado de falta, culpabilidad, negligencia o ausencia de diligencia debida. Esas normas varían según el contexto, por razones que se refieren esencialmente al objeto y fin de la disposición del tratado o de otra regla que haga surgir la obligación primaria. Tampoco establecen los artículos ninguna presunción a este respecto entre las diferentes normas posibles. Determinarla corresponderá a la interpretación y aplicación de las reglas primarias de que se trate en cada caso... El artículo 4 enuncia el primer principio de atribución, a los efectos de la responsabilidad del Estado en derecho internacional, a saber: el principio de que el comportamiento de un órgano del Estado que actúe en calidad de tal es atribuible a dicho Estado...”<sup>33</sup>.*

Es por ello que podemos concluir que de la práctica jurisprudencial y la labor de la CDI, la atribución al Estado por el comportamiento de particulares que no actúan por su cuenta se entiende en la medida en que esos hechos hayan sido consecuencia de la falta del “deber de diligencia” por parte del Estado para prevenirlos y/o castigarlos. Esta conclusión es constante y uniforme en la práctica internacional de la jurisprudencia y hasta el 11 de septiembre de 2001 podríamos decir que tampoco había presentado polémica alguna para los Estados.

## **2. Atribución al Estado por el comportamiento que él reconoce y adopta como propio**

Esta regla de atribución es recogida por el artículo 11 del proyecto de artículos de la CDI aprobado en segunda lectura<sup>34</sup>. Conforme este artículo se considerará hecho del Estado según el derecho internacional, el comportamiento que no pudiéndosele atribuir por otro causa, es reconocido y adoptado como propio por el Estado.

Nos encontramos frente a una regla supletoria de atribución al Estado, que sólo opera si los hechos ilícitos no pueden ser atribuidos por otras reglas.

<sup>33</sup>. Comentario al Art. 2, par. 3 y Art. 4, par. 1 del Proyecto de artículos... (op. cit. 1).

<sup>34</sup>. Artículo 11 del Proyecto de artículo ... (op. cit. 1) “Artículo 11. *Comportamiento que el Estado reconoce y adopta como propio*. El comportamiento que no sea atribuible al Estado en virtud de los artículos precedentes se considerará, no obstante, hecho de ese Estado según el derecho internacional en el caso y en la medida en que el Estado reconozca y adopte ese comportamiento como propio”.

Básicamente tres cuestiones diferencian esta figura de la anterior: primero, ésta supone obligatoriamente un reconocimiento "*ex post facto*", mientras que en la anterior, la conducta del Estado puede realizarse antes, durante o después del hecho ilícito de los particulares; segundo, en la primera la atribución supone el comportamiento ilícito del Estado frente a los hechos de los particulares, mientras que ésta sólo implica un reconocimiento por parte del Estado de esos hechos como propios; tercero, mientras en la primera vimos que al Estado sólo le eran atribuidos los hechos específicamente de sus órganos, en este caso, como supone un reconocimiento por parte del Estado del comportamiento, es atribuible el hecho en conjunto de los particulares *ad initio*.

A pesar de que este artículo fue propuesto por primera vez por el Relator Crawford, su fórmula aparece contenida en la segunda fase del *Asunto diplomático*.

Por otro lado, aunque el TIJ le imputó a Irán las actuaciones de sus órganos al faltar a su "deber de diligencia", el Tribunal se preguntó en la *segunda fase* del caso sobre cuál debía ser la significación que tendría para la naturaleza jurídica de los acontecimientos, el hecho de que el Ayatollah Khomeini y los demás funcionarios públicos aprobaran expresamente los hechos de los estudiantes y hayan apoyado al mantenimiento de la ocupación:

*"[Las] expresiones de aprobación en la toma de la Embajada y de los Consulados en Tabriz y Shiraz por los militantes, fueron dadas inmediatamente por numerosas autoridades iraníes, incluyendo las religiosas, judiciales, ejecutivas, policiales y de los medios de comunicación... El Ayatollah Khomeini no dejó ninguna duda al respecto... La política, anunciada por el Ayatollah Khomeini de mantener la ocupación de la Embajada y la detención de su personal como rehenes con el propósito de ejercer presión sobre el Gobierno de los EEUU fue aplicada por otras autoridades iraníes y apoyada por ellas repetidamente en declaraciones formuladas en diversas ocasiones. Esa política tuvo por efecto la transformación radical del carácter jurídico de la situación creada por la ocupación de la Embajada y la detención de sus funcionarios diplomáticos y consulares como rehenes. El hecho de que el Ayatollah Khomeini y otros órganos del Estado iraní aprobaran estos hechos y decidieran perpetuarlos convirtió la ocupación de la Embajada y la detención de los rehenes en hechos de ese Estado"*<sup>35</sup>.

<sup>35</sup> Asunto diplomático... (op.cit. 4), párs. 71 y 74.

Para el Relator Crawford, la posterior aprobación hecha por las autoridades iraníes del secuestro cometido por los estudiantes hace al Estado de Irán responsable por un fundamento distinto del que ya anteriormente había servido como justificación para atribuirle la responsabilidad (que era su “falta de diligencia”).

No obstante, esta regla de atribución no es aplicable para este caso, porque como bien apunta la CDI en sus comentarios, “la República Islámica del Irán ya había sido declarada responsable en relación con el período anterior con un fundamento jurídico diferente, a saber, su incapacidad de adoptar medidas suficientes para impedir la ocupación o ponerle fin de inmediato”<sup>36</sup>, es decir, el carácter eminentemente supletorio del artículo no lo hace aplicable para este supuesto.

Lo mismo parece haber ocurrido en el *Asunto Lockerbie*<sup>37</sup>, ya que la aceptación expresa por parte del Estado de los hechos terroristas no parecen cambiar la situación de que ya había sido atribuido anteriormente al Estado por haber faltado a su “deber de diligencia” al no prevenir y castigar a los responsables del hecho.

La importancia de esta regla de atribución es fundamental, porque supone una verdadera respuesta para los asuntos donde no se puede probar el vínculo entre el Estado y los particulares que llevan a cabo los hechos ilícitos. De no existir el artículo 11, estos hechos no podrían ser atribuidos.

Ejemplo de ello lo representa el *Caso Eichmann*, el General que participó activamente en el genocidio del pueblo judío, que huyó a la Argentina cuando acabó la guerra y vivió allí incluso bajo un nombre distinto. En 1960 un grupo de personas lo secuestraron, lo llevaron a Israel donde fue procesado, sentenciado a muerte y ejecutado.

El gobierno israelí hasta Febrero de este año no había reconocido que las personas que lo secuestraron fuesen agentes suyos, sino que los había considerado un grupo de voluntarios que habían actuado por su cuenta.

<sup>36</sup>. Comentarios al artículo 11 del Proyecto de artículo ... (op. cit. 1), pár.4.

<sup>37</sup>. Sobre esta asunto véase Op. Cit. 6, Véase también a JONATHAN A.FRANK, *A return to Lockerbie and the Montreal Convention in the Wake of the September 11th terrorist attacks: Ramifications of past Security Council and international Court of Justice Actions*. [En línea]. Denver Journal of International Law. Summer/Fall 2002. Disponible vía web en: [www.westlawinternational.com](http://www.westlawinternational.com) [base de datos] Citado como: (30 Denv. J. Int'l & Pol'y 532).

En ese caso, de no existir el artículo 11, difícilmente este hecho hubiera podido ser atribuido a Israel, ya que según las reglas tradicionales, los hechos de los particulares sólo son atribuibles al Estado cuando actúan por cuenta de éste.

Según esta nueva regla de atribución, ya no importa si Israel los envió o no, el hecho de haberlos procesado y condenado hizo suyo el comportamiento ilícito cometido previamente por los particulares.

La Comisión en sus Comentarios establece que el reconocimiento puede referirse a todo o sólo a una parte del comportamiento<sup>38</sup> y puede ser tácita (como sucedió en el Caso Eichmann<sup>39</sup>) o expresa (como en el *Asunto diplomático y consular*).

## II. ATRIBUCIÓN POR EL COMPORTAMIENTO DE PARTICULARES QUE ACTÚAN POR CUENTA DEL ESTADO

Nos encontramos frente a un nuevo supuesto de atribución, donde ya sea por necesidad o por instigación, los particulares actúan por cuenta del Estado.

Según estas reglas de atribución, el comportamiento ilícito de los particulares se atribuye al Estado, en la medida en que éstos hayan actuado por cuenta de éste último, sin importar que se trate de personas físicas o morales, ni tampoco si el vínculo al Estado es o no formal<sup>40</sup>. Estos supuestos son:

1. Los casos de atribución al Estado por los hechos de particulares que han ejercido funciones de poder público movidos por la necesidad del momento y en ausencia de las autoridades oficiales. Se trata de casos de verdaderas emergencias, como los de violencia armada o desastres naturales, donde los particulares se han visto compelidos a realizar

<sup>38</sup>. Comentarios al artículo 11 del Proyecto de artículos ... (op. cit. 1), pár.8.

<sup>39</sup>. Véase sobre los hechos del caso los Comentarios al artículo 11 del Proyecto de artículo ... (op. cit. 1), pár.5. DORON GELLER, *The Capture of Adolf Eichman. The Jewish Virtual Library*. [En línea] Disponible vía web en: <http://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/Holocaust/eichcap.html> Ref. 20 de Marzo 2005. Véase también MARINA AIZEN, *Mal-kin, el cazador de Eichmann*. [En línea] El Clarín Digital. Domingo 14 de mayo de 2000. Disponible vía web: <http://www.raoul-wallenberg.org.ar/espanol/clarin/clarin3.html> Ref. 20 de Marzo 2005. Sobre el desenlace final del asunto véase la Web: [http://www.cooperativa.cl/p4\\_noticias/antialone.html?page=http://www.cooperativa.cl/p4\\_noticias/site/artic/20050203/pags/20050203092558.html](http://www.cooperativa.cl/p4_noticias/antialone.html?page=http://www.cooperativa.cl/p4_noticias/site/artic/20050203/pags/20050203092558.html)

<sup>40</sup>. Véase Anuario de la Comisión... (op.cit.2), p. 288.

prerrogativas propias del poder público, en ausencia de autoridades oficiales, porque sencillamente se trata de “servicios que no pueden interrumpirse o que deben prestarse precisamente por tratarse de una situación excepcional”<sup>41</sup>.

2. La atribución al Estado por los hechos de particulares que hayan realizado determinadas acciones, que pueden tener o no carácter de orden público, habiendo sido previamente inducidos por el Estado a realizarlas.

En el primer caso nos encontramos con agentes del Estado *por necesidad* y en el segundo con agentes *de facto*.

Lo que diferencia principalmente un caso de otro es que los agentes *de facto* han “realizado determinadas actividades habiendo sido inducidas a ello de hecho por órganos del Estado”<sup>42</sup> y, en el caso de los agentes *por necesidad*, “han asumido el ejercicio de las funciones indicadas por iniciativa propia, sin que se lo hayan encargado o les hayan inducido a hacerlo los órganos del Estado”<sup>43</sup>.

### 1. Atribución al Estado por los hechos de las agentes “por necesidad”

Como primer supuesto de atribución al Estado por los hechos de los particulares que actúan por cuenta de éste, tenemos el caso del comportamiento ilícito de particulares en caso de ausencia de autoridades oficiales.

Este supuesto está recogido en el artículo 9 del proyecto de la CDI, aprobado en segunda lectura. En él se enuncia como regla general lo siguiente:

*“Artículo 9. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional, el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas ejerce de hecho atribuciones del poder público en ausencia o en defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias tales que requieren el ejercicio de esas atribuciones”*<sup>44</sup>.

Como se puede apreciar en el texto de la CDI, nos encontramos ante supuestos que muy pocas veces se han dado en la práctica.

<sup>41</sup>. *Ibíd.* p. 290, pár. 1.

<sup>42</sup>. *Ibíd.* p. 288.

<sup>43</sup>. *Ibíd.* p. 290, pár. 10.

<sup>44</sup>. Artículo 9 Proyecto de artículos ... (op. cit. 1).

A modo ilustrativo, la CDI en su comentario presenta varios ejemplos reales sobre este tema en concreto. En el *Asunto Yeager* contra la República Islámica de Irán, desarrollado en el Tribunal Mixto de Reclamaciones que surgió a raíz de la firma del Acuerdo de Argel entre Estados Unidos e Irán para resolver los conflictos derivados de la toma de la embajada en Teherán, el tribunal de reclamaciones se encuentra ante la situación de que los llamados Guardianes de la Revolución Islámica ejercían labores de inmigración en el aeropuerto.

El Tribunal atribuyó la responsabilidad internacional a Irán, porque a pesar de que este último no había autorizado a estos particulares a ejercer estas funciones propias del poder público, los Guardianes de la Revolución actuaron en ausencia de autoridades oficiales<sup>45</sup>.

El proyecto comentado de la CDI aprobado en primera lectura nos ilustra con otro ejemplo<sup>46</sup>. Se trata de situaciones muy comunes en la Segunda Guerra Mundial, donde la amenaza del avance alemán hacía que las autoridades de ciertos pueblos huyeran y dejaran a la población huérfana. Estos ciudadanos tuvieron que organizarse y ejercer atribuciones propias de los poderes públicos por el defecto de las autoridades oficiales, como sería, por ejemplo, la administración de justicia o las funciones de carácter militar.

Estas situaciones son además comunes en escenarios de catástrofes naturales, donde por un período de tiempo la población civil debe ocuparse de funciones públicas que las autoridades oficiales, dada la situación, no tienen por algún período de tiempo la capacidad para hacerse cargo.

La situación que se está viviendo en el sudeste asiático representa un ejemplo de actualidad sobre este aspecto, allí la población civil se hizo cargo de ciertas zonas donde las autoridades oficiales no tenían acceso<sup>47</sup>.

Se trata de supuestos donde las atribuciones del poder público son ejercidas por necesidad por parte de la población civil. En caso de que estos particulares, en el marco del ejercicio de estas funciones públicas, incumpliesen el derecho internacional, la responsabilidad internacional sería atribuida al Estado.

---

<sup>45</sup>. Véase los comentarios al Proyecto de artículos ... (op. cit. 1), p. 98.

<sup>46</sup>. Véase Anuario de la Comisión (op.cit.2), p. 289.

<sup>47</sup>. Véase los comentarios al Art. 8. Anuario de la Comisión ... (op. cit. 2), También los comentarios al Artículo del Proyecto de artículos ... (op. cit. 1), p. 98-100.



El proyecto de la CDI aprobado en segunda lectura enumera las siguientes condiciones para que este supuesto quede configurado:

Primero: Que el comportamiento esté relacionado efectivamente con el ejercicio de atribuciones del poder público.

Segundo: Que el comportamiento haya sido realizado en ausencia de autoridades oficiales.

Tercero: Que las circunstancias requieran indefectiblemente este tipo de atribuciones, es decir, que se trate necesariamente de una representación.

En ningún caso los particulares a que se refiere esta circunstancia de atribución pueden ser asimilados a un gobierno *de facto*, ya que este supuesto sólo puede darse sobre la base de un gobierno establecido<sup>48</sup>.

En resumen, en el supuesto excepcional de que una persona o un grupo de personas ejerzan funciones de poder público en ausencia de autoridades oficiales, y que en el ejercicio de estas atribuciones violen una obligación internacional, la responsabilidad engendrada será en todo momento atribuible al Estado<sup>49</sup>.

## 2. Atribución al Estado por los hechos de los agentes "de facto"

Referente a las reglas de atribución de los hechos de los particulares, ya hemos visto los casos en que los particulares asumen prerrogativas de poder público en ausencia de autoridades oficiales. Ahora nos encontramos frente a una situación similar, en tanto que los particulares actúan por cuenta del Estado, pero diferente, en tanto que no lo hacen en ausencia de las autoridades o ante una situación de necesidad, sino que nos encontramos frente a una situación donde han sido, en principio, encargados por las autoridades oficiales de realizar determinadas funciones.

En ambos casos, tanto en los agentes por necesidad como en el caso de los agentes de facto, nos encontramos frente a particulares que no han sido investidos de manera oficial por el Estado.

<sup>48</sup> Véase los comentarios al Art. 8. Anuario de la Comisión ... (op. cit. 2), p. 287-88, pár. 1.

<sup>49</sup> Véase también sobre esta causa de atribución a ANTONIO REMIRO... (op. cit. 1), p. 422.

Este tema también presenta relevancia en la actualidad, ya que nos encontramos frente a organizaciones terroristas bien organizadas, apoyadas y en muchos casos patrocinadas por Estados, que cometen violaciones al derecho internacional. Es a propósito de este tipo de situaciones nuevas, que en algunos casos se dificulta la interpretación y aplicación de esta norma que data de mediados del siglo XIX y que es difícil encajar en tiempos actuales donde la forma de operación de los particulares, sobre todo en el caso del terrorismo internacional, es considerablemente diferente a cualquier período anterior.

Esta regla también fue aplicada a lo largo de todo el siglo XX, donde tribunales de toda índole tuvieron que resolver problemas sobre la posible atribución al Estado de hechos de particulares que habían llevado a cabo secuestros de personas, desapariciones, torturas, asesinatos o más bien casos donde órganos del Estado subsidiaron las acciones bélicas de movimientos militares de particulares contrarios a un tercer Estado, como por ejemplo, en el período de la Guerra Fría, en el que las grandes potencias subvencionaban y controlaban grupos armados de particulares para que actuaran contra un Estado del bando contrario.

Nos encontramos frente a una norma que ha tratado de dar respuesta a situaciones que son muy frecuentes en la sociedad internacional contemporánea. Una norma cada vez más recurrida por los Estados y que necesita una clara concreción.

Al no haber ningún tratado internacional de amplia aceptación que resuelva la cuestión, esta norma no sólo presenta opiniones encontradas en cuanto a la doctrina, pues ni la jurisprudencia internacional ha podido ponerse de acuerdo sobre su verdadero alcance. Es decir, nos encontramos frente a una norma de atribución de la que no se pone en duda su carácter consuetudinario en cuanto a la atribución al Estado de los hechos de los particulares que actúan por su cuenta, pero que en cuanto a su alcance no está tan clara, es más bien ambigua.

El presente ensayo pretende de manera principal tratar de esclarecer un poco las incongruencias prácticas y teóricas que presenta esta regla de atribución<sup>50</sup>.

Empecemos por la concepción más tradicional de la norma, para luego adentrarnos en sus interpretaciones más liberales.

---

<sup>50</sup>. Véase sobre esta causa de atribución de manera general *Derek Links State responsibility* (op. cit. 2), GREGORY TOWNSEND, *State Responsibility for acts of de facto agents* [en línea] Arizona Journal of International and Comparative Law, Fall, 1997. Disponible vía web: [www.westlawinternational.com](http://www.westlawinternational.com), citado como: (14 Ariz. J. Int'l & Comp. L. 635) Ref. 10 enero 2005.

a) *El Artículo 8º del proyecto de 1996*

La primera aproximación para conceptualizar formalmente esta regla se encuentra recogida en el artículo 8º del proyecto de artículos aprobado en primera lectura, donde de manera general se enunciaba lo siguiente:

*“Artículo 8. Se considera también hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si: a) consta que esa persona o ese grupo de personas actuaba de hecho por cuenta de ese Estado....”<sup>51</sup>.*

Como puede observarse, ya en 1974 la Comisión de Derecho Internacional recogía de forma clara la regla jurídica que luego sería utilizada por el Tribunal Internacional de Justicia en 1986 en el *Asunto de los militares y paramilitares en y contra Nicaragua*. (En adelante, *Asunto de Nicaragua*).

Lo más importante de la concreción de esta norma es que ésta reflejaba cuál era la situación actual de su interpretación en esa época. De modo que, sin temor a equivocarnos, podríamos afirmar que ya para esa época o quizás antes, era parte del derecho internacional consuetudinario la atribución al Estado por los hechos de los particulares que actuaban por cuenta de éste.

La CDI parece interpretarlo de esa misma manera cuando dice:

*“Confirman esta conclusión [sobre esta regla de atribución] la jurisprudencia y la práctica internacionales... Se han tomado en consideración, sobre todo, para atribuirlos al Estado como hechos que dan lugar a una responsabilidad internacional, por una parte, los comportamientos de particulares o de grupos de particulares que sin perder el carácter de tales, son utilizados como auxiliares de las fuerzas de policías o de los institutos armados, o enviados como «voluntarios» a países vecinos, y, por otra, las actividades de personas encargadas de ejecutar ciertas misiones en territorio extranjero”<sup>52</sup>.*

Dicho esto, ¿cuándo se debe considerar que un particular o un grupo de particulares actúan por cuenta del Estado y por tanto sus hechos son atribuibles a éste?

<sup>51</sup>. Véase el artículo 8º del Anuario de la Comisión... (op.cit. 2).

<sup>52</sup>. Ibid. p. 288, pár.3. Los comentarios de la CDI citan como ejemplos el *Asunto Stephens* de 1927, y los *Asuntos Black Tom y Kingsland* de 1922, entre otros.

De una primera lectura del artículo 8 podemos darnos cuenta de que las violaciones que son atribuidas al Estado son aquéllas realizadas por particulares que actúan de hecho por cuenta del Estado, no de derecho. No puede haber una investigación oficial por parte del Estado, porque si no se trataría de oficiales del Estado y no de particulares. Los comentarios del artículo 8<sup>a</sup> abundan aún más cuando dicen:

*“No obstante, la Comisión desea subrayar muy especialmente que en cada caso en concreto en que se trata de establecer una responsabilidad internacional del Estado, debe efectivamente probarse que la persona o el grupo de personas han sido verdaderamente encargados por órganos del Estado de desempeñar una determinada función o de ejecutar una determinada tarea que han realizado un trabajo por instigación de esos órganos”<sup>53</sup>.*

Según se desprende de estos comentarios, para atribuirse los hechos al Estado debe existir, desde el punto de vista de la CDI, una “orden concreta”. Es decir, cada hecho en concreto debe estar precedido de una orden específica por parte del Estado. Una posición, en mi opinión, un tanto estricta y excesiva, ya que nos encontramos ante una situación donde prevalece más el vínculo real<sup>54</sup> entre el Estado y el particular que cualquier vínculo formal, y que también engloba situaciones donde el Estado puede encargar a particulares la comisión de hechos ilícitos en terceros estados, y en la que sería muy difícil para el perjudicado probar una orden concreta por parte del Estado responsable.

De todas maneras, al analizar los comentarios del artículo 11, un año después, en 1975, ya la posición de la CDI empieza a matizarse un poco:

*“Cuando se comprueba que ese gobierno alienta e incluso procura promover la organización de esos grupos, que los ayuda financieramente, los adiestra, los arma, coordina su acción con la de sus propias fuerzas con miras a posibles operaciones, etc., tales grupos dejan de ser particulares desde el punto de vista del derecho internacional”<sup>55</sup>.*

De este modo, parece interpretarse que ya no es únicamente una “orden concreta”, sino que también en el caso de que se compruebe que el gobierno los alienta e incluso procura promover la organización de esos grupos, los hechos de éstos podrían ser atribuidos al Estado.

Originalmente nos encontrábamos frente a una situación donde se requería una “orden concreta”; ahora parece que también es válido para atribuirle la

<sup>53</sup>. Anuario de la Comisión... (op.cit.2), p.289, pár. 8 (énfasis añadido).

<sup>54</sup>. Ibid. p.288, pár.2.

<sup>55</sup>. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1975, Vol. II p. 86, pár. 32.

responsabilidad al Estado que pueda probarse algún tipo de “dirección” sobre los particulares, lo cual parece flexibilizar la regla.

Esta interpretación parece estar más conforme con la práctica internacional anterior porque, ya en 1927, el Tribunal General de Reclamaciones Estados Unidos/ Méjico trata de hacer una aproximación a la configuración de la norma cuando en la sentencia del *Asunto Stephens* afirma que:

*“Es difícil determinar con precisión la condición de estos guardias como auxiliares irregulares del ejército, tanto más cuanto no llevaban uniformes, ni insignias, pero en todo caso actuaban para Méjico”.*

En la parte dispositiva de la sentencia, el tribunal arbitral parece no basarse en una prueba material específica o en una orden concreta para atribuirle los hechos a Méjico, ya que dice que “es difícil determinar la condición de estos guardias como auxiliares irregulares del ejército”, sino que más bien parece llegar a esta conclusión por el objeto de las funciones de los particulares.

*b) El precedente del Asunto del personal diplomático*

En 1980, el TIJ tuvo la oportunidad de estudiar la cuestión, y sin concretar muy bien el contenido de la norma establece que no se puede, en una primera fase, atribuir los hechos de los particulares a Irán porque éstos no actuaban por su cuenta al tomar la embajada.

El TIJ, en este caso, entiende que era necesario verificar la existencia de una “orden concreta” por parte de las autoridades para determinar si estos particulares actuaban por cuenta del Estado.

*“No se ha hecho ninguna indicación de que los militantes, cuando realizaron los ataques a la embajada, tuvieran en ninguna manera un estatus oficial reconocidos como agentes u órganos del Estado Iraní... Su conducta puede ser considerada directamente imputable al Estado iraní sólo si se puede establecer que, de hecho, en ocasión de la pregunta sobre si los militantes actuaban por cuenta del Estado, han sido encargados por algún órgano del Estado Iraní competente para llevar a cabo una operación específica”<sup>56</sup>.*

<sup>56</sup>. Asunto diplomático...(op. cit. 4), par.58.

c) *El precedente del Asunto de Nicaragua*

En el *Asunto de Nicaragua* de 1986, el TIJ tuvo que estudiar tres grupos que actuaban en el territorio nicaragüense, sobre los cuales se discutía la atribución de sus hechos a los EEUU.

Primero se analizó si los actos de la CIA como órgano oficial eran imputables a Estados Unidos. En este caso el TIJ llegó a una conclusión que no plantea problemas: sus actos son atribuibles a Estados Unidos basándose en una regla bien establecida en el derecho internacional que dice que el Estado incurre en responsabilidad por los actos contrarios al derecho internacional realizados por particulares que gozan de la condición de órganos del Estado bajo las leyes del ordenamiento interno.

Por otro lado, el Tribunal tuvo que determinar si las actuaciones de los UCLAs eran atribuibles a los Estados Unidos<sup>57</sup>. El TIJ estableció que este grupo era pagado por las autoridades estadounidenses, y que incluso estaba bajo su directa instrucción y supervisión en operaciones específicas como el minado de los puertos nicaragüenses o las instalaciones petrolíferas.

El Tribunal consideró que las actuaciones de la UCLAs eran atribuibles a los Estados Unidos bajo cualquiera de estos tres fundamentos: 1) los particulares habían recibido *instrucciones específicas* para las acciones que resultaron una violación del derecho internacional; o 2) las habían realizado bajo supervisión de los autoridades estatales; o 3) porque los agentes estadounidenses “participaron en la planificación, dirección, apoyo y ejecución”<sup>58</sup> de esas operaciones<sup>59</sup>.

<sup>57</sup>. Asunto relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua. Nicaragua contra Estados Unidos de América. C.I.J. Merits. Par. 75-80 militares.

<sup>58</sup>. *Ibíd.* pár. 86.

<sup>59</sup>. Resulta curioso que el redactor original del artículo 8<sup>a</sup> y el 11 en 1974 y 1975 respectivamente fuera el Prof. Roberto Ago, que luego dejó sus funciones como relator especial en la CDI para entrar como juez del TIJ y es parte en el TIJ que conoce el *Asunto de Nicaragua*. Ago, en su opinión disidente de esta Sentencia; apunta con relación a la UCLAs que la conclusión a la que llegó el TIJ en este punto es la correcta, pero la base jurídica por la cual llegó a ella no lo es. Ago sostiene que estos hechos son atribuibles al Estado sobre la base de un supuesto artículo 7 [del proyecto aprobado en primera lectura] que establecía la “Atribución al Estado del comportamiento de otras entidades facultadas para ejercer prerrogativas del poder público” y no como entendía el TIJ que era sobre la base de un supuesto artículo 8<sup>a</sup> que establecía la “Atribución al Estado del comportamiento de personas que actúan de hecho por cuenta del Estado”.

Luego el TIJ se plantea si todos los actos contrarios al derecho internacional humanitario<sup>60</sup> cometidos por la *Contra* son atribuibles a los Estados Unidos, es decir, responsabilidad internacional por cada hecho en concreto, no por ayudar, sino por su autoría de manera principal. La Corte hace primero el siguiente razonamiento:

*"El apoyo dado por las autoridades de EE.UU. para las actividades de la Contra tomó varias formas a través de los años, como apoyo logístico, el aporte de información sobre la localización y los movimientos de las tropas Sandinistas, el uso de sofisticados métodos de comunicación... La Corte encuentra claro que el número de operaciones militares y paramilitares de estas fuerzas fueron decididas y planeadas, si no por consejeros EE.UU., entonces por lo menos con una estrecha colaboración con ellos, y sobre la base de la inteligencia y el apoyo logístico que EEUU estaba dispuesto a ofrecer... El apoyo financiero dado por el Gobierno de los EE.UU. para las actividades militares y paramilitares de la Contra en Nicaragua es un dato bien establecido [por la Corte]... La evidencia de la que dispone la Corte indica que las variadas formas de asistencia dada por EE.UU. a la Contra ha sido crucial para la continuación de sus actividades... De acuerdo al punto de vista de la Corte, está establecido que la fuerza de la Contra, por lo menos en un período ha sido tan dependiente de los EE.UU. que no hubiera podido llevar a cabo ninguna de sus más significantes actividades militares y paramilitares sin el apoyo multifacético de los EE.UU... De acuerdo con el punto de vista de la Corte (párrafo 110 arriba) la participación de los EE.UU., aun siendo preponderante y decisiva, en la financiación, organización, entrenamiento, suplemento y equipamiento de la Contra, la selección de sus objetivos militares y paramilitares y la planificación general de sus operaciones, sigue siendo insuficiente, sobre la base de la evidencia que posee la Corte para el propósito de atribuir a los EE.UU. los actos cometidos por la Contra..."<sup>61</sup>.*

Considera de esta manera que el apoyo, sea de la índole que sea, dado por parte del Estado a los particulares no es determinante para considerar los hechos de los particulares atribuibles al Estado. Tampoco resulta determinante la relación de dependencia que tengan los particulares al Estado.

<sup>60</sup> Sobre la responsabilidad internacional por las violaciones al derecho internacional humanitario, véase A. MARCO SASSÓLI, *State responsibility for violations of international humanitarian law*, International Review of the Red Cross No. 846, pp. 401-434. Disponible vía web: <http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/iwpList74/BFB98C391C49E4FFC1256BFA002A6082>

<sup>61</sup> *Asunto Nicaragua....* (op. cit. 58), párr. 110-115.

Entonces, según el criterio del TIJ, ¿cuál sería el factor determinante en este caso para establecer el vínculo entre los particulares y el Estado, y considerar que los primeros actúan en nombre los segundos? Según los precedentes del artículo 8<sup>a</sup>, es necesario una *orden concreta*; según el TIJ en el *Asunto diplomático* es necesario un *encargo específico*, y según la regla para la atribución de los UCLAs, es necesario haber dado *instrucciones específicas*. El TIJ se desliga de las fórmulas anteriores y considera que para poder atribuir los hechos de los particulares se debe probar un *control efectivo*<sup>62</sup> por parte de EEUU sobre los hechos de la *Contra*.

Considero que las fórmulas “orden concreta”, “encargo específico” e “instrucciones específicas” deben entenderse como sinónimos, pero el caso del “control efectivo” supone la atribución al Estado en los casos donde no hay una “orden concreta” por parte del Estado. En ese sentido, considero que el TIJ en este asunto, a pesar de exigir demasiado para atribuir el control, amplía las reglas de atribución para estos casos o por lo menos aclara las dudas que existían entre la interpretación del art. 8 y 11 del proyecto en primera lectura.

En ese sentido, ¿qué *grado de control* es necesario por parte del Estado para que los hechos de los particulares le sean atribuidos? El TIJ nos da algunas orientaciones generales:

*“Pese a los considerables subsidios y otras formas de asistencia que les proporcionaban los Estados Unidos, no hay pruebas claras de que los Estados Unidos ejercieran realmente en todos los ámbitos un grado de control suficiente para justificar que se considerara que los contras actuaban por cuenta de los Estados Unidos... Todas las formas de participación de los Estados Unidos antes mencionadas, e incluso el control general por el Estado demandado sobre una fuerza que depende en gran medida de ese Estado, no implicarían por sí solas, sin pruebas adicionales, que los Estados Unidos dirigieron u ordenaron la perpetración de los actos contrarios a los derechos humanos y el derecho humanitario que denuncia el Estado demandante. Es muy posible que esos actos hayan sido cometidos por miembros de los contras sin el control de los Estados Unidos. Para que ese comportamiento dé lugar a la responsabilidad jurídica de los Estados Unidos, debería en principio probarse que ese Estado ejer-*

---

<sup>62</sup>. Es preciso aclarar que el TIJ atribuyó responsabilidad internacional a los Estados Unidos por violar el principio de no intervención, sobre la base no del control efectivo, sino sobre la base del control general. Esto nos lleva a tomar en consideración que existen distintos grados de control según la norma primaria, y que en el caso de las violaciones del derecho internacional humanitario el TIJ aplicó el criterio del control efectivo.



*cía un control efectivo de las operaciones militares o paramilitares en el curso de las cuales se cometieron las presuntas violaciones”<sup>63</sup>.*

*d) Artículo 8 de la CDI en segunda lectura*

Cuando el relator Crawford, en 1998, revisa el artículo 8<sup>a</sup> del texto aprobado en primera lectura y sus comentarios, le surgen varias dudas. Para él, el artículo 8<sup>a</sup> podría interpretarse en el sentido de que sólo le es atribuible al Estado en el caso de que se le haya dado una “orden en concreto”.

En cambio, había dudas de que el tenor literal del artículo permitiera atribuir al Estado los hechos de personas cuando no había “instrucciones concretas” para realizar el hecho. El entendía que aunque no hubiera una orden expresa, cuando esas personas llevaban a cabo acciones concretas lesivas para el derecho internacional, si el Estado las controlaba o dirigía entonces sí le debían ser atribuibles.

¿Y por qué entendía eso? Como podemos recordar cuando analizábamos el proyecto aprobado en primera lectura, parecía deducirse de sus comentarios al artículo 8<sup>a</sup> que la CDI buscaba demostrar que la atribución dependía única y exclusivamente de una “orden concreta”. Mientras que cuando repasábamos los comentarios al artículo 11 del texto aprobado en primera lectura, parece entenderse todo lo contrario, que no era necesario una “orden concreta”, si había una “dirección o control”.

Esto último armoniza más con la interpretación que hace el TIJ en el *Asunto Nicaragua*, pues como expresa el mismo relator Crawford:

*“... Los ataques individuales de los operativos nicaragüenses (llamados UCLAs) fueron atribuidos a Estados Unidos por la “planificación, dirección y apoyo” de los oficiales de Estados Unidos”<sup>64</sup>.*

Lo más probable es que la esencia del proyecto aprobado en primera lectura era que sólo eran atribuidos en los casos de “órdenes concretas”, porque en el caso de atribución de los hechos de la UCLAs, el juez Ago, en su opinión disidente, dijo que la base jurídica por la cual el TIJ había llegado a esa conclu-

<sup>63</sup>. *Asunto Nicaragua...* (op.cit. 58) pár. 109,115.

<sup>64</sup>. Comentarios del Relator Crawford en el 50 Período de Sesiones. Ginebra 20 de Abril a 12 de Junio de 1998 y Nueva York, 27 de Julio al 14 de Agosto de 1998. Documento de Naciones Unidas número A/CN.4/490/add.5. Disponibles vía web en: <http://lcil.law.cam.ac.uk/ILCSR/Statresp.htm>.

sión era incorrecta, y que en ese caso se trataba de un supuesto artículo 7, "atribución al Estado del comportamiento de otras entidades facultadas para ejercer prerrogativas del poder público"<sup>65</sup>.

Entonces, al no estar clara la interpretación que debía darse al artículo y para evitar problemas, el relator Crawford formuló en el texto revisado del artículo 8 que se considerarán las dos situaciones, con lo cual, se amplió la atribución al Estado por el comportamiento de los particulares<sup>66</sup>.

Dice el artículo 8 del proyecto de la CDI aprobado en segunda lectura:

*"Artículo 8. Comportamiento bajo la dirección o control del Estado. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento".*

De lo cual se desprende que según el artículo 8 definitivo, el Estado es responsable por el comportamiento de los particulares que actúan en su nombre o *de facto*, 1) si esas personas tienen instrucciones precisas de lo que deben hacer o 2) si esas personas al llevar a cabo el comportamiento han sido dirigidos o controlados por el Estado, aunque éste no le haya dado instrucciones precisas.

El primer supuesto, es decir, el caso de las "instrucciones precisas u órdenes concretas", no presentan problemas. Primero, porque ha sido una figura constante a lo largo de la regulación de esta norma de atribución y segundo, porque responde a la idea general de responsabilidad internacional.

En el segundo supuesto, en el caso de dirección o control, como veremos más adelante, ya empiezan a plantearse problemas de interpretación. Primero, porque posteriormente, en 1999, el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia (TPIY) en los Asuntos Fiscal c. Tadic<sup>67</sup>, Fiscal c. Tihomir Blaskic<sup>68</sup> y Fiscal c. Rajic<sup>69</sup>, contradice abiertamente la tesis del "control efectivo"

<sup>65</sup>. Véase nota 59.

<sup>66</sup>. Ver GUTIÉRREZ ESPADA *La imputación al Estado ...* (op.cit. 2).

<sup>67</sup>. Appeals Chamber the Prosecutor v. Dusko Tadic, case n° IT-94-1-A, judgement, 15 julio 1999.

<sup>68</sup>. Trial Chamber the Prosecutor v. Tihomir Blaskic, judgement, 3 marzo 2000, párs. 73-123, [www.un.org/icty/blaskic/trialc1/judgement/index.htm](http://www.un.org/icty/blaskic/trialc1/judgement/index.htm).

<sup>69</sup>. Trial chamber the Prosecutor v. Ivica Rajuc a/k/a Victor Andrid, review of the indictment pursuant to rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 13 septiembre 1996, párs. 9-32 [www.un.org/icty/rajic/trialc2/decision-e/609136612.htm](http://www.un.org/icty/rajic/trialc2/decision-e/609136612.htm).

y atribuye los hechos de particulares utilizando la tesis del “control general”. Segundo, porque en 2001, que es cuando se aprueba definitivamente el proyecto de artículos, parece no estar claro cuál es la posición asumida por la CDI en lo concerniente al “control”, si se debe interpretar la tesis del “control efectivo o la del control general”. Tercero, porque esta tesis del “control efectivo” parece no adaptarse muy bien a la esencia misma de la responsabilidad internacional.

Es preciso hacer mención de los casos de actos *ultra vires* realizados por particulares que actúan en nombre del Estado, cuando el Estado ha instruido o controlado un hecho lícito, y en las acciones realizadas, sus ejecutores particulares se han excedido en los límites de sus funciones violando una obligación internacional, ¿este comportamiento sería atribuible al Estado? En principio no podría atribuírsele la responsabilidad al Estado, ya que cuando el Estado se vale de particulares para realizar una determinada operación bajo su control, no asume en ningún momento los riesgos de que las personas encargadas se extralimiten o no en las funciones específicas a que le facultó el Estado. Sería distinto si se pudiese determinar que esta extralimitación ha sido bajo el “control efectivo” del Estado, en cuyo caso estará comprometida su responsabilidad<sup>70</sup>.

#### e) Conclusión

Haciendo un recuento de esta regla de atribución, podemos concluir que anterior al proyecto aprobado en primero lectura no había una concepción unificada sobre el tema. Pero de manera general se entendía que era atribuible al Estado los hechos de los agentes de facto cuando actuaban de hecho en su nombre y no por ninguna investidura formal del Estado.

El primer intento de codificación de la norma, parece exigir únicamente una “orden concreta” para la atribución de responsabilidad internacional al Estado.

El TIJ, en su sentencia de 1980, consolida la conclusión de la CDI en 1974 y en su sentencia de 1986, ratifica su posición anterior y amplía la atribución, ya que establece la teoría del “control efectivo” sobre cada una de las operaciones militares donde concretamente se violó el derecho internacional.

<sup>70</sup>. Véase por ejemplo Proyecto de artículos sobre la responsabilidad... (op.cit.25), p. 92 y también Fiscal contra Tadic. (op. cit. 68), par. 119.

El proyecto de artículos aprobado en segunda lectura armoniza ambos conceptos estableciendo que hay responsabilidad internacional cuando el Estado: 1) ha dado instrucciones precisas a un particular o 2) cuando, sin haber dado instrucciones, lo ha controlado o dirigido, sin entrar expresamente a si ese control tiene que ser efectivo o no.

En ese sentido, podemos concluir que como principio general, se considera hecho del Estado, según el derecho internacional, el comportamiento de una persona o un grupo de personas si éstas actúan de hecho por instrucciones o bajo la dirección o control del Estado al momento<sup>71</sup> de realizar el hecho violatorio de una obligación internacional.

No es determinante que el comportamiento corresponda a funciones públicas. En este caso, lo decisivo es que el comportamiento sea o no instruido o controlado por el Estado.

Es preciso aclarar que no debe atribuirse el comportamiento realizado por particulares de manera incidental o tangencial a las operaciones principales controladas o dirigidas por el Estado. Sólo podríamos hablar de atribución efectiva de la responsabilidad cuando el comportamiento violatorio es indispensable en la realización de la operación<sup>72</sup>.

Una situación en la que existe una dependencia y apoyo, no bastaría para justificar la atribución del comportamiento. Tiene que darse, en todo momento, un "control efectivo" sobre las operaciones<sup>73</sup>.

La concepción tradicional de la atribución al Estado por el comportamiento ilícito llevado a cabo por agentes *de facto* abarca por tanto 1) las instrucciones u ordenes precisas dadas por el Estado o 2) el control efectivo ejercido por el Estado. Aunque, como veremos más adelante esta última resulta insostenible.

### III. INTENTOS DE FLEXIBILIZACIÓN

#### 1. Intentos de flexibilización jurisprudencial: del control efectivo al control general

En esta sección nos ocuparemos por un lado, de las sentencias arbitrales que podrían flexibilizar la fórmula del TIJ entendidas como antecedentes para

<sup>71</sup>. Artículo 8 del Proyecto de artículos ... (op. cit. 1).

<sup>72</sup>. Véase también un criterio similar utilizado por el Tribunal Internacional de Justicia en el Asunto de Nicaragua... (op. cit. 58).

<sup>73</sup>. Ídem.

analizar, por otro lado, las sentencias del TPIY como expresión más clara de la voluntad flexibilizadora de la fórmula del TIJ.

a) *Los tribunales de reclamaciones y otros intentos de flexibilización jurisprudencial previos al TPIY*

En algunos casos, estas “rígidas” normas atribución han probado ser efectivas, pero en otros no, razón por la que muchos tribunales internacionales han tenido que recurrir a otras fórmulas más flexibles.

Sólo analizaremos los intentos de flexibilización realizados mayoritariamente por los tribunales arbitrales, desde el ya mencionado *Asunto Stephens* en 1927 del Tribunal de reclamaciones Méjico/ Estados Unidos hasta el Tribunal de reclamaciones Estados Unidos /Irán.

En todos los asuntos que analizamos en esta parte, existe el común denominador de que en ellos se ha recurrido a una fórmula diferente a la utilizada por el TIJ en el *Asunto de Nicaragua*, y cada una de ellas va a servir como precedente, como veremos luego, para que el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia establezca que la práctica del TIJ no está bien consolidada y recurra a la teoría del “control general” para atribuirle los hechos de los particulares al Estado, desafiando así abiertamente la posición del TIJ.

1. Tribunal de reclamaciones Méjico / Estados Unidos

A propósito de analizar la incoherencia entre los comentarios del artículo 8<sup>a</sup> y 11 del proyecto aprobado en primera lectura, citamos como un precedente más acorde con la práctica internacional anterior, una parte dispositiva del *Asunto Stephens* del Tribunal de reclamaciones Méjico/ EE.UU. de 1927.

Este asunto prueba ser una atribución distinta a la seguida por el TIJ, donde los actos cometidos durante la guerra civil por miembros de la milicia “auxiliar irregular” fueron atribuidos a Méjico. El tribunal de reclamaciones no requirió en este caso para la atribución la existencia de “instrucciones u órdenes concretas”, ni siquiera el hecho de que no llevaban uniforme o insignia fue preponderante para la determinación de la atribución<sup>74</sup>. El tribunal de reclamaciones en este caso, atribuye los hechos, basándose en el “control general” ejercido por Méjico sobre la milicia auxiliar irregular. Aunque no habla expresamente de la fórmula “control general”, esto se puede inferir cuando

<sup>74</sup>. Véase Appeals Chamber the Prosecutor v. DuskoTadic ... (op.cit. 67) p. 51.

dice que "...es difícil determinar con precisión la condición de estos guardias..."<sup>75</sup>.

## 2. Tribunal de reclamaciones Irán / Estados Unidos

El problema de atribución al Estado por los hechos de los particulares fue la cuestión principal que tuvo que determinar este tribunal de reclamaciones. La atribución a Irán por los hechos de los particulares, quedo demostrada al menos en 24 casos<sup>76</sup>.

El relator Crawford, a propósito de la sentencia *Starrett Housing Corp. Contra Government of the Islamic Republic of Iran*, recuerda que en este caso el Tribunal debe ser analizado bajo el prisma de que su competencia es exclusivamente contra cualquier entidad "controlada" por cualquiera de los dos miembros contratantes<sup>77</sup>. Es por esto que algunos autores opinan que, a pesar de que en muchos casos se recurrió a una fórmula más relajada de atribución, resultó extremadamente difícil probar ante el tribunal que la actuación de los particulares eran atribuibles a Irán<sup>78</sup>, resultando en muchas situaciones que la protección de las víctimas fuera casi imposible.

De todas las sentencias que fueron emitidas por este tribunal de reclamaciones, quizás la de mayor importancia para el tema que nos ocupa es la de *Kenneth P. Yeager c. Iran* (1987), porque aquí el Tribunal recurre a una fórmula muy conforme a la antes planteada en el *Asunto Stephens*. Es decir, nos encontramos en un momento posterior al *Asunto de Nicaragua* del TIJ, donde se vuelve a retomar la fórmula anterior.

El Sr. Yeager reclama ante el tribunal de reclamaciones, a propósito de que él y su esposa fueron indebidamente expulsados de Irán por miembros de los Guardias Revolucionarios, que el 13 de febrero de 1979 (dos días después de que el gobierno revolucionario islámico asumiera el poder) le secuestraron de su apartamento y lo llevaron al Hotel Hilton donde permanecieron cautivos por varios días para luego ser llevados al aeropuerto donde además de expropiarles su dinero, se les envió forzosamente de vuelta a Estados Unidos<sup>79</sup>.

El tribunal en este asunto "encontró suficiente evidencia para establecer una presunción"<sup>80</sup> de que los revolucionarios "Komitehs" o "Guardias" luego

<sup>75</sup>. Anuario de la Comisión.. (op.cit. 2), p. 288, pár. 4.

<sup>76</sup>. Véase GREGORY TOWNSEND, *State responsibility...* (op. cit. 50).

<sup>77</sup>. Comentarios del Relator Crawford ... (op.cit. 64) p. 20, pár. 208.

<sup>78</sup>. Gregory Townsend... (op.cit.50).

<sup>79</sup>. Véase Yeager contra Irán. Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos. (1987).

<sup>80</sup>. *Ibíd.* pár. 43, Citado a su vez por Townsend ... (op.cit. 50).

del 11 de Febrero de 1979 actuaban en nombre del nuevo gobierno o al menos estaban ejerciendo elementos de poder público en ausencia de autoridades oficiales<sup>81</sup>.

Una segunda cuestión que es pertinente tomar en consideración es que en esa misma sentencia el Tribunal hace mención al artículo 8 aprobado en primera lectura, como una manera de reforzarlo, pero en la medida en que éstos contemplan la atribución por los hechos de los particulares que actúan por cuenta del Estado. Este refuerzo no podría entenderse nunca en el sentido de dar preponderancia alguna a las discusiones entre “instrucciones” y “dirección y control”, porque prueba de ello es que el tribunal atribuye la responsabilidad basándose más bien en una presunción de dependencia general.

En el *Asunto Dames & Moore contra Irán*<sup>82</sup> el tribunal atribuyó los hechos de los agentes *de facto* por la expropiación de un almacén perteneciente a una compañía norteamericana.

En este asunto, los individuos reclamantes utilizaban el almacén para proteger a los refugiados y almacenar todo tipo de equipos y armamentos que luego podrían ser utilizados contra el ejército iraní.

El tribunal atribuyó los hechos a Irán porque la prueba del uso del almacén era suficiente para demostrar que el hecho de expropiación realizado por los particulares se hacía por cuenta de Irán, sin importar que este último lo haya ordenado concretamente.

Lo trascendental de este asunto es que el tribunal parece llegar a la atribución de la responsabilidad por el carácter oficial de los hechos de los particulares, sin importarle si fue o no cumpliendo una orden concreta.

De todas maneras, es preciso hacer la aclaración que los dos casos citados aquí son, junto a algunos pocos más, a los que el tribunal de reclamaciones Irán/EE.UU. excepcionalmente le atribuyó la responsabilidad a Irán por los hechos de los particulares, en los que, reitero, fue muy difícil para los reclamantes probar la responsabilidad de Irán<sup>83</sup>.

<sup>81</sup>. Véase a Townsend... (op. cit. 50).

<sup>82</sup>. *Dames & Moore contra Iran*, Tribunal de Reclamaciones Iran/ Estados Unidos, (1983). Citado a su vez por Townsend... (op. cit. 50).

<sup>83</sup>. Véase Townsend... (op. cit. 50).

b) *El Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia: Del Control efectivo al general*

Como avanzamos anteriormente, este tribunal ha encontrado la fórmula del TIJ, en el *Asunto Nicaragua*, injustificada e incoherente con la esencia de la responsabilidad internacional, y es por ello que da una vuelta de tuerca a todo el argumento del “control efectivo” y se decanta por la fórmula del “control general” para atribuir al Estado los hechos de los particulares.

En este punto vamos a analizar los argumentos por los cuales este tribunal encuentra injustificada la tesis del “control efectivo”, y por los cuales entiende que la tesis del “control general” responde mejor a la esencia de la responsabilidad internacional.

Como parte final abordaremos una de las preguntas más importantes sobre este tema, ¿qué tesis sobre el control es realmente la adoptada por la CDI en su proyecto aprobado en segunda lectura?

Sería oportuno concretar que el precedente creado por este tribunal en cuanto a esta materia, en oposición al del TIJ, resulta más sólido que los expresados anteriormente “en los tribunales de reclamaciones”.

Es preciso recordar dos asuntos. En primer lugar, que a pesar de que la responsabilidad internacional tiene su propia esencia, que debe ser respetada, es bueno hasta tanto no haya una tesis definitiva sobre el tema, se contextualice cada caso, para saber si la posición tomada ha sido la que mejor respondía a los intereses de los perjudicados. En segundo lugar, en este caso, nos encontramos frente a un tribunal penal internacional, que en última instancia lo que persigue es la responsabilidad penal de individuos y no la responsabilidad resarcitoria de Estados, que es el contexto de la responsabilidad que aquí analizamos.

1. Contexto

El estatuto que creó el Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, recogido en la resolución 827 del Consejo de Seguridad, le concede competencia para juzgar determinados crímenes internacionales, entre ellos las violaciones graves a los Convenios de Ginebra en el marco de un conflicto armado internacional.

En ese sentido, para poder condenar a los imputados de crímenes internacionales, primero se tenía que probar que el conflicto armado que se estaba desarrollando en Bosnia era un conflicto internacional y no interno.



En el marco del conflicto que se estaba desarrollando en Bosnia por tomar el poder había fuerzas de particulares pro serbias y pro croatas que cometieron crímenes internacionales. El problema con que se enfrentó el tribunal fue el de que para determinar el conflicto como internacional, tenía que demostrar que las fuerzas pro serbias o pro croatas estaban bajo la dirección o control de Yugoslavia o de Croacia. Ése era el planteamiento y éste era el contexto<sup>84</sup>.

Es decir, no era atribuir o no un acto concreto de responsabilidad a Yugoslavia como Estado en sí, que era el problema en el *Asunto de los Nicaragua*, sino atribuirlo a un Estado, para poder declarar o no el conflicto internacional.

Esto también podría tener otra lectura, más acorde con el *Asunto de Nicaragua*, donde el TIJ atribuyó la violación del principio de no intervención a EEUU por una situación de dependencia y subsidio a los *Contras*; en ese sentido, podría hacerse una lectura análoga en este caso, donde el grado de control puede variar según la norma primaria de que se trate.

## 2. Fórmula del TPIY

De todos los casos que se llevaron ante el TPIY, quizás el más importante para el tema que nos ocupa fue el llevado a cabo contra *Tadic (Fiscal c. Tadic)*.

En este caso, la Cámara de Apelaciones, entendió que las fuerzas pro serbias dependían de Yugoslavia, pero se planteó la pregunta de establecer qué grado de “control” era necesario demostrar para poder atribuírselas a Yugoslavia.

Como el Derecho Internacional Humanitario no establece ninguna norma que diga qué grado de “control” es necesario en estos casos, el TPIY tuvo que recurrir al TIJ en el *Asunto de Nicaragua*. En ese contexto el TPIY consideró que la tesis del “control efectivo” era excesiva e interpretó que no respondía a la esencia misma de la responsabilidad internacional.

*“Un primer punto donde la prueba establecida en Nicaragua puede ser considerada no convincente, está basado sobre la misma lógica del sis-*

<sup>84</sup>. Sobre este asunto véase a CESAREO GUTIERREZ ESPADA, *Uso de la fuerza, intervención humanitaria y libre determinación (la “guerra de Kosovo”)*, La Protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal, A. Blanc Altemir (editor), Tecnos, Madrid, 2000. pp. 191-219. PEDRO LOZANO BARTOLOZZI, *De los imperios a la globalización. Las Relaciones Internacionales en el Siglo XX*. Primera Edición. Ediciones Universidad de Navarra S.A. (EUNSA), Pamplona. 2001. pp. 831-44. FREDERIC S. PEARSON, J. MARTIN ROCHESTER, *Relaciones Internacionales. Situación Global en el Siglo XX*. Cuarta Edición, Trad. Rodrigo Jaramillo Arango, Mc.Graw- Hill. Colombia, pp. 71-76.

*tema completo del derecho internacional de la responsabilidad del Estado... Los principios del derecho internacional concernientes a la atribución a los Estados por los actos llevados a cabo por individuos privados no están basados en un criterio rígido y uniforme. Estos principios están reflejados en el artículo 8 del proyecto de la responsabilidad del Estado... Bajo este artículo, si se prueba que los individuos que no se consideran como órganos del Estado por su legislación, sin embargo, actúan de hecho por cuenta del Estado, sus actos son atribuibles al Estado. La racionalidad detrás de esta regla es prevenir que los Estados escapen a su responsabilidad internacional teniendo individuos privados que lleven a cabo tareas que no debería o no pueden ser llevadas a cabo por oficiales estatales, o afirmando que esos individuos que ejercen autoridad gubernamental no son calificados como órganos del Estado bajo la legislación nacional y por ello no comprometen la responsabilidad estatal. En otras palabras, los Estados no pueden por un lado actuar de facto a través de individuos y por el otro desasociarse de esa conducta cuando esos individuos violan el derecho internacional. Los requerimientos del derecho internacional para la atribución al Estado por los actos llevados a cabo por individuos privados es que el Estado ejerza un control sobre los individuos. El grado de control puede variar de acuerdo a las circunstancias fácticas de cada caso”<sup>85</sup>.*

A partir de esta tesis, el TPIY clasifica los diferentes casos en los cuales el Estado puede verse vinculado a particulares que actúan por su cuenta, y elabora para cada caso en concreto, una teoría diferente con relación a las instrucciones o el grado de control necesario:

1. Cuando se trata de un particular que es encargado por un Estado para realizar una tarea ilegal específica en el territorio de otro Estado, como sería un secuestro<sup>86</sup>, asesinato o actos de sabotaje, entre otros. En esos casos, “sería necesario probar que el Estado ha dado “instrucciones específicas” concernientes a la comisión de esa violación, para que pueda ser probado que ese particular actuó *de facto* como agente del Estado”<sup>87</sup>.
2. Una fórmula similar es aplicable también cuando un grupo desorganizado de individuos comete hechos contrarios al derecho internacional. No sólo sería suficiente probar el ejercicio de cierta autoridad por parte del Estado, sino que también, para que los hechos de los particu-

<sup>85</sup> Fiscal contra Tadic..... (op. cit. 67), párs. 116 y 117.

<sup>86</sup> Véase, por ejemplo, el caso A. Eichmann (op.cit.39).

<sup>87</sup> Véase Fiscal contra Tadic. (op.cit. 67), pár. 118.

lares puedan ser atribuidos, deben probarse “instrucciones específicas” para la comisión del hecho<sup>88</sup>.

3. En el caso grupos organizados y jerárquicamente estructurados, bastaría únicamente probar un “control general” del Estado sobre el grupo para poder atribuirle los hechos de este último, sin importar que ese acto específico haya sido instruido o controlado directamente por el Estado.

La razón que justifica esta última interpretación es que la estructura de un grupo organizado está basada en una cadena de mando jerarquizada, un código de reglas, símbolos de autoridad, y normalmente los miembros del grupo no actúan por su cuenta sino de conformidad con las ordenes del superior y con unos estándares para cumplir ciertos objetivos<sup>89</sup>.

Por último, el TPIY expresó que el control general debe de ir más allá del equipamiento y financiación de los particulares. Debe entrañar, además, una coordinación o ayuda en la planificación de la actividad militar.

En ese sentido resumiendo todo lo anterior, tenemos que el TPIY encuentra 1) que el criterio del TIJ no está acorde con la esencia de la RRII, 1) que el grado de control debe ser examinado dependiendo de cada circunstancias en particular, 3) y que la tesis del “control efectivo” es excesiva y sólo debe aplicarse en los casos de grupos desorganizados o individuos que son encargados de una tarea en específico. El “control general” resulta suficiente para atribuir la responsabilidad al Estado por los hechos de los grupos jerarquizados.

### 3. Posición de la CDI

Luego de analizada la posición del TIJ y del TPIY, que como se puede ver chocan de frente, nos queda preguntarnos ¿cuál ha sido el criterio adoptado por la CDI en su proyecto de artículos sobre la Responsabilidad Internacional adoptado definitivamente en 2001?

Si revisamos el artículo 8 aprobado en segunda lectura, nos damos cuenta de que sólo habla de control, sin hacer referencia a si ese control es general o efectivo.

Luego, si analizamos los comentarios del artículo 8, podemos apreciar que la CDI hace referencia a ambos supuestos, aunque hace la salvedad de que “las cuestiones jurídicas y la situación práctica eran en este caso distintas de

---

<sup>88</sup>. *Ibíd.*, pár. 118.

<sup>89</sup>. *Ibíd.*, pár. 120.

las que examinó la Corte Internacional de Justicia en el *Asunto de Nicaragua*. El mandato del Tribunal versa sobre la responsabilidad penal individual, y no sobre la responsabilidad de los Estados, y la cuestión planteada en el asunto del que se trata no concernía a la responsabilidad sino a las normas aplicables de derecho internacional humanitario<sup>90</sup>. Esto podría interpretarse como una inclinación no expresa a la tesis del TIJ.

Ahora bien, este último argumento no puede ser válido, porque: primero la cuestión preliminar en el *Asunto Tadic* fue la misma que el *Asunto de Nicaragua* frente a los Contras. Segundo, antes que la responsabilidad individual pudiese constituirse, las reglas por las cuales el individuo debió de haber actuado deben establecerse y Tercero, las reglas de derecho internacional humanitario que regulan los conflictos armados internacionales sólo pueden aplicarse en el curso de un conflicto donde los actos del Sr. Tadic pueden considerarse como actos de Yugoslavia<sup>91</sup>.

En los comentarios y las críticas que el profesor Crawford hace al artículo 8, primero toma nota sobre la opinión de Alemania, Mongolia y Reino Unido que sugieren que la fórmula del proyecto de artículos debe ser más "expansiva" al tratar esta cuestión.

En todo caso, la falta de especificidad tomada por la CDI es entendible en la medida de que lo que se trataba era de expresar lo que es la práctica más aceptada, sin polemizar el tema, y en los caso donde no hay fórmulas generalmente aceptadas, dejarlas para una futura interpretación por parte de los tribunales y así echar hacia delante el proyecto.

Lo que no es entendible es que el proyecto de artículos no contemple un sistema de arreglos de controversias para que en casos como éstos se pueda llegar a una correcta interpretación.

Encuentro que la forma del proyecto en lo referente al control es la correcta, aunque posteriormente el relator Crawford en su texto y opiniones personales haya criticado abiertamente la posición del TPIY.

Resulta pertinente en este momento citar la opinión de los Países Bajos referente a este tema a propósito del 53º período de sesiones de la CDI en los comentarios y observaciones que hacían los gobiernos. Su opinión traduce claramente cuál es la esencia fundamental de este artículo:

<sup>90</sup>. Véase los comentarios al artículo 8, Proyecto de artículos ... (op. cit. 1) p. 95, pár. 6.

<sup>91</sup>. Ver MARCO SASSÓLI, *State responsibility*... (op. cit. 60).

*“Complace a los Países Bajos tomar nota de que la expresión “dirección o control” permite la aplicación tanto de la norma estricta del “control efectivo” empleada por la Corte Internacional de Justicia en el caso relativo a Nicaragua, como una norma más flexible, aplicada por la Sala de Apelaciones del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso Tadic. Esta ambigüedad intrínseca es un elemento positivo y ofrece posibilidades de desarrollo progresivo de las normas jurídicas relativas a la responsabilidad de los Estados”*<sup>92</sup>.

#### 4. Conclusión

Considero personalmente que extremos como los que llegó el Tribunal de Reclamaciones Irán/EE.UU. en el *Asunto Dames & Moore contra Irán* de atribuir a Irán los hechos de los particulares por el simple hecho de que la prueba de la finalidad con la cual era utilizado el almacén era suficiente para demostrar que el hecho de expropiación realizado por los particulares era por cuenta de Irán, sin importar que este último lo haya ordenado concretamente o el extremo del *Asunto de Nicaragua* de no atribuir los hechos de los “Contra” por la fórmula del “control efectivo”, son excesivos y como dice el TPIY no responden a la esencia de la RRII.

Pero tampoco estoy de acuerdo con que se le haga pagar a un Estado por las actuaciones *ultra vires* que cometan los particulares, en casos donde el Estado no pudo controlar, prever, o contrarrestar esas acciones desproporcionadas de los particulares.

Fundamentalmente propugno la fórmula que garantice mejor la protección de las víctimas, porque en última instancia ésa es la esencia de la responsabilidad.

En ese sentido, según establece el profesor Gutiérrez Espada, sin irse a ningún extremo, sería prudente considerar una posición intermedia, según lo cual, probado un control general sobre los particulares, se presume un control efectivo. Una presunción *iuris tantum* (que admite prueba en contrario); así, quien pretenda lo contrario, que lo pruebe, invirtiéndose la carga de la prueba<sup>93</sup>.

<sup>92</sup>. Comentario del Artículo 8 realizado por los Países Bajos realizado ante la Comisión de Derecho Internacional. CDI. 53 Periodo de Sesiones. Comentarios y Observaciones de los gobiernos al Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados por los hechos internacionalmente ilícitos.

<sup>93</sup>. Ver GUTIÉRREZ ESPADA, *Los conceptos de “guerra preventiva” ...* (op. cit. 2).

## 2. Intentos de flexibilización no jurisprudencial: atribución por el apoyo, patrocinio o amenaza

Ya hemos analizado todo lo referente a la concepción tradicional de la regla de atribución al Estado por los hechos de los particulares, concretamente el proyecto de artículos y las sentencias del TIJ en el *Asunto del Personal diplomático* y en el *Asunto de Nicaragua*.

Por otro lado, hemos analizado los intentos más flexibles y amplios de interpretación de la norma, principalmente el *Asunto Fiscal contra Tadic* del TPIY.

A partir de ello, cabe preguntarnos si las fórmulas establecidas en estos asuntos nos aportan una respuesta a la situación actual que está viviendo la sociedad internacional frente al terrorismo y las armas de destrucción masiva, más específicamente al caso de los atentados terroristas del 11 de septiembre en EE.UU. o el caso de la "Guerra Preventiva" o "Legítima defensa preventiva" llevada contra Irak.

Es evidente que las fórmulas hasta ahora analizadas no dan respuesta a los casos de particulares que cometen actos de terror en terceros Estados con el apoyo o financiación de otro Estado. En ese sentido nos preguntamos: ¿qué hacer con esos Estados que les dan cobijo, apoyo, financiación o patrocinio a terroristas en su territorio? ¿Le serían atribuibles las violaciones al Derecho Internacional cometidas por los terroristas? Siguiendo estrictamente las fórmulas anteriores es evidente que no.

¿Podríamos decir que en estos casos nos encontramos frente a una *lex specialis*<sup>94</sup> (Art. 55 del proyecto de la CDI) de atribución? ¿O más bien nos encontramos frente a una verdadera flexibilización de la norma secundaria?

En ese sentido, trataremos de buscar posibles soluciones a estas preguntas, analizando primero la respuesta armada dada por EE.UU. a Afganistán tras los atentados del 11-S bajo la justificación de legítima defensa atribuible al Estado que apoyó, protegió y patrocinó a los terroristas, y luego la doctrina de la "guerra preventiva" que implica la atribución al Estado por la amenaza que suponen a la seguridad estadounidense los grupos terroristas.

---

<sup>94</sup>. Artículo 55 del Proyecto de artículo... (op. cit. 1).

- a) *La respuesta armada de Estados Unidos contra Afganistán luego de los hechos del 11-S: ¿Atribución de los hechos de los particulares por el patrocinio y el apoyo estatal?*

Luego de los atentados terroristas del 11 de Septiembre de 2001 en Nueva York y Washington, llevados a cabo por un grupo terrorista que había recibido el apoyo y el patrocinio del régimen Talibán en Afganistán, los Estados Unidos alegaron ante los principales órganos de la comunidad internacional su derecho inmanente a la legítima defensa, conforme al Artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas<sup>95</sup>.

Como consecuencia de los actos que tuvieron lugar en estas ciudades, los principales organismos internacionales ratificaron su condena a los hechos y la hicieron extensiva a los Estados que le dieron apoyo o asilo a los perpetradores.

Según la *Resolución 1368* del 12 de Septiembre de 2001, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas:

*“Reconociendo el derecho inmanente a la legítima defensa... subraya que los cómplices de los autores, organizadores y patrocinadores de estos actos y los responsables de darles apoyo o asilo tendrán que rendir cuenta de sus hechos”*<sup>96</sup>.

Por otra parte en la *Resolución 1373* del 28 de Septiembre de 2001, del Consejo de Seguridad, se establece que:

*“Reafirmando el derecho inmanente de legítima defensa... confirmando la res. 1368... todos los Estados tiene el deber de abstenerse de organizar, instigar y apoyar actos terroristas perpetrados en otro Estado o de participar en ellos, y de permitir actividades organizadas en su territorio encaminadas a la comisión de dichos actos”*<sup>97</sup>.

<sup>95</sup>. Sobre estos hechos véase Kessing's Record of World Events News Digest for September 2001, pp.44333- 44338, News Digest for October 2001, pp. 44391- 44395 y News Digest for December 2001, pp. 44495- 44496. Disponible también vía web: [www.keesings.com](http://www.keesings.com).

<sup>96</sup>. Resolución 1368 (2001) Aprobada en su 4370ª sesión del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Celebrado el 12 de Septiembre de 2001. Disponible vía web: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/533/85/PDF/N0153385.pdf?OpenElement>. Sobre esta resolución véase también a JORGE CARDONA LLORENS *La Resolución 1368 (2001) del Consejo de Seguridad autorizando la fuerza internacional de asistencia para la seguridad de Afganistán: ¿Un paso más en el debilitamiento de las Naciones Unidas?* Revista Española de Derecho Internacional. núm. 1 y 2, 2001. pp. 226- 45.

<sup>97</sup>. Resolución 1373 (2001). Aprobada en su 4385ª sesión del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Celebrada el 28 de Septiembre de 2001. Disponible vía web: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/557/46/PDF/N0155746.pdf?OpenElement>.

La resolución 1378 del 14 de noviembre de 2001 del Consejo de Seguridad dice lo siguiente:

*“Condenando a los Talibanes por haber permitido que el Afganistán fuera utilizado como base para la exportación del terrorismo por la red Al-Qaida y otros grupos terroristas y por haber amparado a Usama Bin Laden, Al-Qaida y otros asociados...”<sup>98</sup>.*

Asimismo, la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 56/1 del 12 de septiembre de 2001:

*“Pide urgente colaboración para someter a la acción de la justicia a los autores, organizadores y patrocinadores de las atrocidades del 11 de septiembre de 2001; pide también urgentemente cooperación internacional para prevenir y erradicar los actos de terrorismo, y subraya que los cómplices de los autores, organizadores y patrocinadores de esos actos y los responsables de darles apoyo o asilo tendrán que rendir cuentas de sus hechos”<sup>99</sup>.*

Por su parte, el Consejo del Atlántico Norte, en un comunicado de prensa el 12 de Septiembre de 2001, expresa que:

*“El Consejo coincidió en que si se determinara que este ataque fue dirigido desde el extranjero contra Estados Unidos, será considerado una acción contemplada en el Artículo 5 del Tratado de Washington, que determina que un ataque armado contra uno o más de los Aliados en Europa o América del Norte será considerado un ataque contra todos ellos”<sup>100</sup>.*

El Consejo Europeo, reunido el 21 de septiembre de 2001 en su sesión extraordinaria, expresa públicamente sus conclusiones y el plan de acciones como consecuencia de los atentados. De su intervención se puede resaltar que:

*“La Unión Europea cooperará con los Estados Unidos para llevar ante la justicia y castigar a los autores, los responsables y los cóm-*

<sup>98</sup>. Resolución 1378 (2001). Aprobada en su 4415ª sesión del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Celebrada el 14 de Noviembre de 2001. Disponible vía web: <http://daccess-ods.un.org/TMP/521430.6.html>.

<sup>99</sup>. Resolución 56/1 (2001). Aprobada en su 56 período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Celebrada el 11 de Octubre de 2001. A/RES/56/1. Disponible vía web: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/475/03/PDF/N0147503.pdf?OpenElement>.

<sup>100</sup>. Disponible vía Web: <http://embajadausa.org.ve/www364.html>.



*plices de estos actos bárbaros. Sobre la base de la Resolución 1368 del Consejo de Seguridad, es legítima una respuesta estadounidense. Cada uno según sus medios, los países miembros de la Unión están dispuestos a tomar parte en dichas acciones. Las acciones deber tener objetivos definidos y pueden también dirigirse contra los Estados que ayuden, apoyen o alojen a terroristas”<sup>101</sup>.*

En la Vigésimo tercera reunión de consulta de ministros de relaciones exteriores, del 21 de septiembre de 2001, la Organización de Estados Americanos (OEA), también expresó su condena a los hechos en los siguientes términos:

*“...Nos comprometemos a trabajar juntos de inmediato para someter a la justicia a los perpetradores, organizadores y patrocinadores de estos actos terroristas y a todos aquellos que les proveen ayuda y apoyo”<sup>102</sup>.*

¿Qué conclusiones podemos sacar del contenido de estas resoluciones y declaraciones de los organismos más importantes de la sociedad internacional?

1. A excepción de la OTAN, ningún otro órgano internacional calificó expresamente los hechos como “ataque armado”, requisito indispensable para ejercer el derecho a la legítima defensa.

El hecho de que se reconociera en las resoluciones 1368 y 1373 el derecho de legítima defensa no tiene ninguna implicación jurídica, ya que este derecho no tiene que ser autorizado por el Consejo de Seguridad para ser ejercido.

En ese sentido, considero que no sería prudente entender que el reconocimiento del derecho de legítima defensa hecha por el Consejo de Seguridad implica una calificación tácita de ataque armado en el sentido de la Carta.

No obstante, dados los instrumentos utilizados, los objetivos alcanzados, las víctimas mortales y las pérdidas materiales, podemos afirmar que nos en-

<sup>101</sup>. Disponible vía Web: [http://www.europarl.eu.int/meetdocs/committees/afet/20011108/04a\\_es.pdf](http://www.europarl.eu.int/meetdocs/committees/afet/20011108/04a_es.pdf)

<sup>102</sup>. Disponible vía Web: [http://www.revele.com.ve/pdf/revista\\_venezolana\\_de\\_economia\\_y\\_ciencias\\_sociales/vol8-n1/pag257.pdf](http://www.revele.com.ve/pdf/revista_venezolana_de_economia_y_ciencias_sociales/vol8-n1/pag257.pdf). Véase también a ALFONSO J. IGLESIAS VELASCO, *La respuesta internacional ante los ataques terroristas contra Estados Unidos*, [en línea], Revista Electrónica de Derecho Internacional (REEI). Número 4/2002. Disponible vía web: <http://www.reei.org/reei4/Iglesias.PDF>.

contramos frente a una nueva concepción de ataque armado<sup>103</sup>, pero no en el sentido entendido tradicionalmente por la Carta<sup>104</sup>.

2. Se produce una condena unánime, no sólo a los autores del hecho, sino también a los Estados que le dieron apoyo y protección.

Sin embargo, ¿en qué sentido debe entenderse la condena hecha al Estado que brindó su apoyo y protección? a) Una vinculación directa por los hechos, lo que supondría que los terroristas deberían entenderse como agentes que actúan por cuenta del Estado; b) o más bien, una condena en el sentido de complicidad por parte del Estado, frente a los autores principales, que fueron los terroristas; c) o, una condena individual por los hechos ilícitos cometidos por cada quien, lo que supondría un “ataque armado” por parte de los particulares y una “falta en su «deber de diligencia»” por parte del Estado<sup>105</sup>.

De antemano avanzamos que la segunda opción no es posible. En derecho internacional el Estado sólo puede ser cómplice del hecho ilícito de otro Estado<sup>106</sup>. La complicidad frente a los hechos de los particulares no está establecida dentro del derecho de la responsabilidad. Aún nos quedan dos opciones. Veamos las reglas jurídicas aplicables al caso.

Según el artículo 51 de la Carta, la legítima defensa sólo es posible cuando se produce un ataque armado por parte de un Estado. En ese sentido, para poder legitimarse el uso de la fuerza contra Afganistán, el ataque armado le debe ser atribuible y para ello, los terroristas deberían ser considerados “agentes” que actuaban por cuenta del Estado, es decir, agentes *de facto*.

<sup>103</sup>. Sobre el debate de si el 11-S puede considerarse o no un ataque armado, véase a CESAREO GUTIERREZ ESPADA. *Sobre la respuesta armada contra Afganistán tras los actos terroristas del 11-S*. [en línea] Anales de Derecho. Universidad de Murcia. Número 19, 2001, pp. 49-58. Disponible vía Web: <http://www.um.es/facdere/publicaciones/anales/anales19/cerasreo-gutierrez.pdf>. Véase también a SEAN D. MURPHY, *Terrorism and the Concept of “armed attack” in article 51 of the U.N. Charter* [en línea]. Harvard International Law Journal. Winter 2002. Disponible vía Web: [www.westlawinternational.com](http://www.westlawinternational.com) [base de datos]. Citado como: (43 Harv. Intl’L J. 41).

<sup>104</sup>. Véase a GREG TRAVAILLO, *Terrorism, State Responsibility, and The Use of Military Force*, [en línea] Chicago Journal of International Law. Spring 2003. Disponible vía web en: [www.westlawinternational.com](http://www.westlawinternational.com) [Base de datos] Citado como: (4 Chi. J. Int’L. 97).

<sup>105</sup>. Scout M. Malzahn. *State sponsorship and support of international terrorism: Customary norms of State responsibility*. [en línea]. Hasting International and Comparative Law Review. Fall 2002. Disponible vía web en: [www.westlawinternational.com](http://www.westlawinternational.com). Citado como: 26 (Hastings Intl’L & Comp. L. Rev. 83).

<sup>106</sup>. Véase los Artículos 16, 17, 18, 19 Proyecto de artículos ... (op. cit. 1).

Como hemos visto en las secciones precedentes, el TIJ ha construido una teoría muy estrecha, para excluir del concepto de “ataque armado” no sólo el simple patrocinio o el apoyo que el Estado pueda darle a los particulares, sino también situaciones en las cuales el Estado financia, entrena, organiza, equipa de armamentos, planifica de manera general las operaciones y selecciona los objetivos militares<sup>107</sup>.

Para que el ataque armado le sea atribuible, el TIJ establece que el Estado debe ejercer un “control efectivo” sobre las operaciones de los particulares, con todo lo que eso implica.

Ni siquiera bajo la concepción del “control general” pueden atribuirse las acciones del grupo terrorista a Afganistán. Según la sentencia del TPIY, el Estado no sólo debe equipar y financiar las operaciones de los particulares, sino que al menos debe ayudar y coordinar de manera general la planificación de la actividad militar<sup>108</sup>.

Es por ello que no se puede entender que Afganistán atacara a Estados Unidos, ya que no existen pruebas de que controlara, ni siquiera de manera general, a los particulares que llevaron a cabo los hechos del 11-S.

Por tanto, de entenderse que estos hechos constituyen un ataque armado, que por su importancia cabe entender que sí, este acto no es imputable a Afganistán<sup>109</sup>. Por consiguiente, la acción en legítima defensa contra ese Estado es ilegal<sup>110</sup>.

Y entonces, ¿qué nos queda? Es innegable que Afganistán con su apoyo al terrorismo violó el derecho internacional (uso indirecto de la fuerza arma-

<sup>107</sup>. Asunto Nicaragua... (op. cit. 57), pár. 110-115.

<sup>108</sup>. Véase Appeals Chamber the Prosecutor v. DuskoTadic... (op. cit. 67) pp. 118- 120.

<sup>109</sup>. Véase a CESAREO GUTIERREZ ESPADA. *Sobre la respuesta armada contra Afganistán tras los actos terroristas del 11-S*. [en línea] Anales de Derecho. Universidad de Murcia. Número 19, 2001, pp. 49- 58. Disponible vía Web: <http://www.um.es/facdere/publicaciones/anales/anales19/cesareo-gutierrez.pdf>.

<sup>110</sup>. Una primera respuesta, aunque muy débil, podría encontrarse en los párrafos 138 y 139 del Dictamen del TIJ el 9 de Julio de 2004, con relación a la determinación de la legalidad o no de la valla de separación que construye Israel en los territorios Palestinos. Ante la alegación de Israel de justificar en las resoluciones 1368 y 1373 del Consejo de Seguridad, la construcción de la valla amparado en su derecho de legítima defensa contra los ataques terroristas, el Tribunal establece que “...la situación es diferente de las que se prevé en las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas 1368 (2001) y 1373 (2001), razón por la cual Israel no puede invocar esas resoluciones para apoyar su argumentación de que esta ejerciendo su derecho de legítima defensa”.

da<sup>111</sup>) y que es responsable internacionalmente por no haber cumplido con su “deber de diligencia”. Pero esta violación no genera, en ningún caso, un derecho a la legítima defensa.

Al no existir vínculo entre los particulares y el Estado, ¿puede entenderse que la no colaboración posterior del régimen Talibán, en entregar a O. Bin Laden, implica que Afganistán reconoce y adopta el comportamiento como propio?

Esto sería una interpretación excesiva y desnaturalizada de la norma del artículo 11, pues como establece la CDI en sus comentarios: “las palabras “reconozca y adopte ese comportamiento como propio” tienen por objeto distinguir entre los casos de reconocimiento y adopción y los casos de mero apoyo o aprobación”<sup>112</sup>.

De manera general, de estos planteamientos podemos concluir que la responsabilidad de Afganistán implica un deber de reparación por su hecho ilícito. La reparación debe guardar relación con el hecho ilícito, por consiguiente, un uso de la fuerza en su contra sería excesivo. En los casos en que el Estado se niegue a cooperar las contramedidas no armadas (Art. 49) estarían justificadas.

Algo que queda después de contemplar el desencadenamiento de estos hechos, es que las reglas actuales de atribución por los hechos de los particulares no son suficientes para combatir la amenaza internacional que el terrorismo supone. Pero tampoco podemos flexibilizarlas o ampliarlas excesivamente, ya que esto supondría un peligro aún mayor, porque atribuiríamos al Estado hechos que no realizó.

Un problema similar supondría expandir el concepto de “ataque armado” a los casos de “apoyo y patrocinio” del terrorismo, ya que como la ayuda de manera general a grupos rebeldes es algo común en el sistema contemporáneo

<sup>111</sup>. Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, del 24 de Octubre de 1970, que contiene la Declaración relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. Párrs. 8 y 9: “Todo Estado tiene el deber de abstenerse de organizar o fomentar la organización de fuerzas irregulares o de bandas armadas, incluidos los mercenarios, para hacer incursiones en el territorio de otro Estado... Todo Estado tiene el deber de abstenerse de organizar, instigar, ayudar o participar en actos de guerra civil o en actos de terrorismo en otro Estado, o de consentir actividades organizadas dentro de su territorio encaminadas a la comisión de dichos actos...”.

<sup>112</sup>. Véase el Artículo 11 del Proyecto de artículos... (op. cit. 1), pág. 6.

de los Estados<sup>113</sup>, se minaría todo el sistema para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional creando mayores probabilidades de conflictos armados a través de la proliferación masiva de inmanentes derechos de legítima defensa.

Incluso en el caso en que esta concepción expandida del concepto de “ataque armado” sólo se circunscribiese al contexto terrorista, supondría una limitación arbitraria y vacía que plantearía un peligro mayor no sólo porque existe un desacuerdo internacional sobre la definición de terrorismo, sino también porque la práctica terrorista supone en muchos casos ataques que no llegan a una magnitud sustanciosa. A la larga, el derecho de la legítima defensa se vería sumamente debilitado.

¿Qué hacer entonces? Es innegable que esta nueva amenaza requiere nuevas alternativas internacionales, nuevas estrategias entre los Estados y, en los casos más extremos, nuevos instrumentos jurídicos que permitan actuar preventivamente contra una posible amenaza. Tratemos de determinar ahora si la “doctrina de la guerra preventiva” pudiese o no ser el instrumento que buscamos.

b) *La doctrina norteamericana de la "guerra preventiva": ¿Atribución por la amenaza?*

La acción preventiva no es algo nuevo en el panorama internacional. Existen referentes tan clásicos como el *Asunto Caroline*<sup>114</sup> en el siglo XIX y asuntos más recientes como la Crisis de los misiles en Cuba (1962), la Guerra de los Seis días en Oriente Medio (1967), el bombardeo del reactor nuclear en Bagdad por parte de Israel (1981), y los ataques de EEUU a Libia (1986), Irak (1993), Sudan y Afganistán (1998)<sup>115</sup>. El común denominador de estos casos era que se recurría a la acción preventiva como método para evitar el peligro inminente que pudiese representar un tercer Estado o un grupo de particulares.

<sup>113</sup>. TOM J. FARER, *Drawing the right line* [en línea] American Journal of International Law, 1987. Disponible vía web: [www.westlawinternational.com](http://www.westlawinternational.com), citado como (AM. J. INT'L L. 112).

<sup>114</sup>. Sobre los hechos del caso véase el artículo 33 del Anuario de la Comisión... (op. cit. 1), pág. 24.

<sup>115</sup>. Véase a LUCY MARTÍNEZ, *September 11th, Iraq and the doctrine of anticipatory self-defense*. [en línea] UMKC Law Review. Fall 2003. Disponible vía Web en: [www.westlawinternational.com](http://www.westlawinternational.com) [base de datos]. Citado como: (72 UMKC L. Rev. 123).

Por su parte, la posibilidad de una acción preventiva era un concepto subyacente en todo el período de la “Guerra Fría”, en el cual, ante un inminente peligro de ataque nuclear, estaba implícitamente justificado un ataque preventivo<sup>116</sup>.

En la actualidad, la acción preventiva es un concepto aún latente y ahora más que nunca. No sólo porque nunca ha dejado de existir, sino también, porque las amenazas con la que se enfrentan los Estados en la actualidad son aun mayores que las de cualquier otra época en la historia de la humanidad.

Las amenazas no sólo se han multiplicado (más Estados y más particulares), sino que los medios son más letales (Estados y particulares con capacidad nuclear y bacteriológica)<sup>117</sup>, y su objetivo es aun más letal (no sólo atentan

<sup>116</sup>. GREG TRAVALIO. *Terrorism, State Responsibility...* (op. cit. 103).

<sup>117</sup>. En la actualidad la amenaza que representa el terrorismo internacional viene dada por tres aspectos principales: 1) La caída de la Unión Soviética ha aumentado el miedo entre los Estados sobre la seguridad de su antiguo arsenal de armas nucleares y químicas. Existen denuncias sobre la inadecuada seguridad que presentan los depósitos nucleares y químicos de los antiguos territorios soviéticos. Por ejemplo: El ex-general soviético ALEXANDER LEBED, antiguamente encargado de la seguridad rusa, advirtió en 1997 que de los arsenales nucleares a su cargo faltaban 100 bombas nucleares. Véase GRAHAN ALLISON, *Nuclear danger: Fear increases of terrorist getting hands of loose warheads as security slips* *Boston Globe*. Oct. 19, 1997. Véase también en ELIZABETH A. TURPEN, STEVEN P. KADNER. *Counterproliferation Versus Nonproliferation: A case for Prevention versus post factum intervention*. Fletcher F. World AFF., Winter-Spring 1997. 2) Muchos de los ingredientes necesarios para producir armas químicas y biológicas tienen un uso legal que los hace disponible en el mercado. Por ejemplo: Los agentes biológicos como el Ántrax o la bacteria de la plaga Bubónica pueden ser encargados a organizaciones que venden y distribuyen micro-organismos para la investigación médica. Véase, por ejemplo, a DANA A. SHEA, FRANK GROTTON *Small-scale Terrorist Attacks Using Chemical and Biological Agents: An Assessment Framework and Preliminary Comparisons* Disponible vía Web en: <http://www.fas.org/irp/crs/RL32391.pdf>. 3) La existencia de cada vez más Estados que patrocinan y albergan en su territorio a grupos terroristas. Este apoyo que pueden dar estos Estados, no sólo se limita al entrenamiento, suplemento de armas o albergue u otras formas tradicionales de apoyo estatal, sino que también, con el incremento de estados que poseen arsenal nuclear, existe el temor de que estos estados pudiesen entregar armas nucleares y biológicas a los grupos terroristas. Véase, por ejemplo, a JOHN-ALEX ROMANO, *Combating terrorism and weapons of mass destruction: Reviving the doctrine of a State of Necessity*. [En línea] Georgetown Law Journal. April 1999. Disponible vía Web en: [www.westlawinternational.com](http://www.westlawinternational.com) [Base de datos]. Citado como: 87 Geo. L.J. 1023; LOUIS RENE BERES, *On international law and nuclear terrorism* [en línea] Georgia Journal of International and Comparative Law. Spring 1994. Disponible vía Web: [www.westlawinternational.com](http://www.westlawinternational.com) [base de datos]. Citado como (24 Ga. J. Intl. & Comp. L. 1).

contra el Estado, sino que pretenden eliminar toda forma de organización social<sup>118</sup>).

En este contexto nace la doctrina norteamericana de la "guerra preventiva" como una especie de grito desesperado que pretende combatir esta amenaza colosal e invisible, que atenta contra todo y que viene por todos lados.

Es una de las tantas respuestas que se pretenden dar para combatir la realidad de las amenazas en la actualidad. Veamos, entonces, si se ajusta a las líneas básicas del derecho internacional contemporáneo.

#### 1. La doctrina de la "guerra preventiva"<sup>119</sup>

La doctrina de la "guerra preventiva" es aquella que se encuentra contenida en el documento de Estrategia de Seguridad Nacional de Estados Unidos de América de 2002. Representa uno de los cambios más trascendentales de la política nacional norteamericana tras los atentados del 11 de septiembre de 2001.

Con esta doctrina lo que se pretende fundamentalmente es luchar contra el terrorismo internacional; contra los Estados que le dan apoyo y contra aquellos que tienen o pretenden obtener armas de destrucción masiva (ADM) y armas químicas o biológicas y que amenazan con utilizarlas contra los Estados Unidos o sus aliados.

Para combatir el peligro que la amenaza terrorista supone, los Estados Unidos actuarán preventivamente aun "contra las amenazas en surgimiento, antes de que éstas terminen de formarse"<sup>120</sup>.

<sup>118</sup>. Véase CESAREO GUTIERREZ ESPADA, *Sobre la respuesta armada...* (op. cit. 109).

<sup>119</sup>. Sobre las discusiones de la legalidad o no de la "Guerra preventiva" véase CESAREO GUTIERREZ ESPADA, *Los conceptos de "guerra preventiva" y de "legítima defensa preventiva"...* (op. cit. 1); WISTON P. NAGAN, Craig Hammer, *The new Bush National Security Doctrine and the rule of Law* [en línea] Berkeley Journal of International Law. 2004. Disponible vía Web: [www.westlawinternational.com](http://www.westlawinternational.com) [base de datos]. Citado como: (22 Berkeley J. Intl'L. 375); JORGE ALBERTO RAMIREZ, *Iraq War: Anticipatory self-defense or unlawful unilateralism?* [en línea] California Western International Law Journal. Fall. 2003. Disponible vía electrónica en: [www.westlawinternational.com](http://www.westlawinternational.com) [base de datos] Citado como (34 Cal. W. Intl'L. J. 1.). THOMAS M. FRANCK *Preemption, Prevention and Anticipatory self-defense: New Law Regarding Recourse to Force?* [en línea] Hasting International and Comparative Law Review. Spring 2004. Disponible vía Web: [www.westlawinternational.com](http://www.westlawinternational.com) [base de datos]. Citado como: 27 Hasting Intl'L & Comp. L. Rev. 425); DUNCAN E. J. CURRIE, *Preventive War and International Law after Iraq*. Disponible vía Web: [http://www.globelaw.com/Iraq/Preventive\\_war\\_after\\_iraq.htm](http://www.globelaw.com/Iraq/Preventive_war_after_iraq.htm). Ref. 20 de Enero 2005.

<sup>120</sup>. Estrategia de Seguridad Nacional de Estados Unidos de América, La Casa Blanca, Washington, septiembre de 2002, V, párrafo quinto (traducción no oficial del documento, en <http://www.whitehouse.gov/nsc/nss/html>. Parte Introductoria Par. 5.

Dice textualmente el documento: "...No haremos distinción entre los terroristas y aquéllos que sabiéndolo los patrocinen o les provean ayuda... No dudaremos en actuar solos si es necesario, para ejercitar nuestro derecho a la legítima defensa actuando anticipatoriamente contra los terroristas, para prevenir que hagan daños a nuestra población o nuestro país... Nosotros tenemos que estar preparados para detener a los estados rufianes y sus clientes terroristas antes que ellos puedan llegar a amenazarnos o usar armas de destrucción masiva contra EE.UU., nuestros aliados y amigos... EE.UU. no puede quedarse en la posición reactiva que teníamos en el pasado. La incapacidad para detectar potenciales atacantes, la inmediatez de las amenazas actuales, y la magnitud del daño que las armas de nuestros adversarios pueden llegar a hacernos, no nos permiten esa opción. No podemos dejar que nuestros enemigos ataquen primero... Para prevenir esos actos hostiles de nuestros adversarios, los EE.UU., si es necesario actuarán preventivamente"<sup>121</sup>. [Este ataque preventivo podría llevarse a cabo] "aunque subsista incertidumbre en cuanto al momento y el lugar del ataque del enemigo"<sup>122</sup>.

La doctrina de la "guerra preventiva" pretende legitimar incluso la ocupación del Estado y en caso de ser necesario, la sustitución de su régimen político por otro, ya que haciendo referencia a lo sucedido en Afganistán, el documento advierte lo siguiente: "Hoy nuestros enemigos han visto los resultados de lo que los países civilizados pueden hacer y harán contra los regímenes que ofrecen refugio y apoyo al terrorismo y lo utilicen para lograr sus objetivos políticos"<sup>123</sup>.

Su "objetivo principal" es impedir que un grupo de particulares cometa un atentado terrorista a gran escala en territorio norteamericano o contra cualquiera de sus intereses o el de sus aliados.

Para "combatir esta amenaza", a) se pretende fundamentalmente acabar con la ayuda que algunos Estados prestan al terrorismo, y b) acabar con la amenaza que representa las armas de destrucción masiva en manos de terroristas y de Estados "rufianes".

Los "medios" a utilizar para lograr estos objetivos implican, a) recurrir al uso de la fuerza de manera preventiva aun en los casos en los cuales la amenaza no se haya concretizado, pero puede llegar a hacerlo, b) si fuese preciso, se ocupará el territorio por el tiempo que fuese necesario y se derrocará el régimen político, si la situación lo mereciese.

<sup>121</sup>. *Ibíd.* pp. 5, 6, 13-16.

<sup>122</sup>. *Ibíd.* Capítulo V, par. 14.

<sup>123</sup>. *Ibíd.* Capítulo III, par. 9.



Por último, esta amenaza será "atribuible" a los Estados que prestan ayuda al terrorismo; a los Estados que tengan o intenten adquirir o utilizar ADM para amenazar a EE.UU. o alguno de sus aliados; a los grupos terroristas, y al Estado que les brinda protección.

La existencia de una amenaza será determinada unilateralmente por EE.UU., que no dudará en actuar solo, si llegase a ser necesario.

La doctrina de la "guerra preventiva", según el documento, está amparada en el derecho a la legítima defensa que posee cada Estado.

2. La doctrina de la "guerra preventiva" supondría una sustancial flexibilización del derecho a la legítima defensa y las reglas de atribución de la responsabilidad

El TIJ ha sido constante, y así consta en los asuntos *de Nicaragua* (1986) y *de las plataformas petrolíferas* (2003)<sup>124</sup>, en exigir la existencia de un ataque armado para que cualquier Estado pueda ejercer válidamente su derecho a la legítima defensa.

El problema es aún mayor cuando atendemos a que el Tribunal ha construido una noción de ataque armado que excluye los casos de "usos menores de la fuerza"<sup>125</sup> y que entre los requisitos indispensables para su atribución descarta los casos de "apoyo a los rebeldes por medio de suministro de armas, apoyo logístico o de cualquier otro tipo"<sup>126</sup>.

Para el Tribunal la noción de "ataque armado" está estrechamente vinculada con la noción de "agresión armada" según ha sido recogida por el artículo 3 de la Resolución 3314 (1974) de la Asamblea General<sup>127</sup>.

<sup>124</sup>. Asunto de las Plataformas Petrolíferas República Islámica de Irán C. Estados Unidos de Norteamérica. Tribunal Internacional de Justicia. *Merits*. Sentencia del 6 de noviembre de 2003. Disponible vía Web: <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/iop/iopframe.htm>. Tómese en consideración que esta sentencia del TIJ es posterior a la elaboración de la doctrina de la "guerra preventiva".

<sup>125</sup>. Asunto de Nicaragua... (op.cit. 57), par. 191 y 195.

<sup>126</sup>. *Ibid.* par. 195.

<sup>127</sup>. Resolución 3314 (1974) de la Asamblea General de Naciones Unidas. Definiendo Agresión. Art. 3: "La invasión o el ataque de las fuerzas armadas de un estado al territorio de otro estado, o cualquier ocupación militar, aún temporal, resultando de dicha invasión o ataque una anexión por el uso de la fuerza del territorio de otro estado o una parte él, b) El bombardeo por las fuerzas armadas de un estado contra el territorio de otro estado o del uso de cualquier armas por parte de un Estado contra el territorio de otro Estado; c) El bloqueo de los

Al Estado le sería atribuible el ataque armado sólo si los particulares han sido enviados en su nombre, es decir, bajo instrucciones específicas o bajo su dirección o control "efectivo"<sup>128</sup>.

La rígida construcción del concepto de "ataque armado" y las exigencias para su atribución presenta serios problemas no sólo para la aplicación de la doctrina de la "guerra preventiva", sino para cualquier forma de combatir preventivamente la amenaza que el terrorismo internacional supone en la actualidad.

Actualmente el debate que persiste en la doctrina internacional gira en torno a si el Artículo 51 de la Carta permite o no una acción preventiva en legítima defensa. Las corrientes de interpretación van en dos sentidos:

De un lado están los que entienden que el Art. 51 no incorpora el derecho de una legítima defensa preventiva porque el artículo 2.4 expresa la prohibición del uso de la fuerza en términos absolutos y el artículo 51 constituye una excepción sólo en los casos en que ocurre un ataque armado<sup>129</sup>. En ese sentido,

---

puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro estado; d) Un ataque por las fuerzas armadas de un estado contra la tierra, el mar o las fuerzas aéreas, o las flotas del infante de marina y de aire de otro estado; e) El uso de las fuerzas armadas de un Estado que estando dentro del territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado de recepción, contravenga las condiciones proporcionadas por el acuerdo o cualquier extensión de su presencia en tal territorio más allá de la terminación del acuerdo; f) La acción de un estado en permitir que su territorio, que ha colocado en la disposición de otro estado, sea utilizada por ese otro Estado para perpetrar un acto de la agresión contra un tercer Estado; g) El envío en nombre del Estado de bandas o grupos armados, irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos armados contra otro Estado de tal gravedad como los mencionados anteriormente, o en los casos en que dicho Estado participa sustancialmente en dichos actos". Disponible vía Web: <http://jurist.law.pitt.edu/3314.htm> Ref. 3 de Marzo 2005.

<sup>128</sup>. Véase el Asunto de Nicaragua... (op. cit. 57), el TIJ expresa lo siguiente: "Se puede, en particular, considerar admitido que, por agresión armada, debe entenderse no sólo la acción de fuerzas armadas regulares a través de una frontera internacional sino también 'el envío por un Estado o en su nombre de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables' (entre otros) a una verdadera agresión armada desarrollada por fuerzas regulares, 'o a su sustancial participación en dichos actos'. Esta descripción, que figura en el artículo 3, g) de la definición de la agresión aneja a la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General puede ser considerada como la expresión del Derecho internacional consuetudinario (...)" (sentencia de 27 de junio de 1986, pár. 195, *CIJ Recueil* 1986, pág. 103).

<sup>129</sup>. Véase IAN BROWNLIE, *International Law and the use of the force by States* Primera Edición. Oxford University Press. 1963, pp. 273-78.

una interpretación del artículo 51 extensiva a acciones preventivas en legítima defensa convertiría al artículo 2.4 en letra muerta<sup>130</sup>.

Los que se inclinan a favor de un segundo enfoque entienden que las acciones preventivas tienen su fundamento en el derecho de todo Estado de defender su territorio, la vida y la propiedad de sus nacionales, y por definición, no representan un trasgresión a la integridad territorial y la independencia política del Estado. Por consiguiente, la legítima defensa preventiva sería consistente con los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas de mantener la paz y la seguridad internacional y, por ello, podría ser permisible bajo las condiciones del artículo 51 de la Carta<sup>131</sup>.

Sin entrar en una posición u otra, considero que el artículo 51 permite cierto grado de acción preventiva, sobre todo en los casos donde la inminencia del ataque es tan clara que es necesaria una acción defensiva inmediata como única arma de auto-preservación<sup>132</sup>; noción especialmente coherente con la modernidad de la tecnología y las armas militares de la actualidad que han hecho imperceptible la distinción entre un ataque inminente y actual.

Sin embargo, un ataque preventivo atribuible a terroristas bajo la doctrina de la "guerra preventiva" no es posible conforme al actual régimen establecido por la Carta para la legítima defensa a menos que el ataque armado fuese inminente y el Estado que va a ejercer el derecho tuviese irrefutables pruebas de la implicación que tiene en él el Estado en el cual se encuentran los particulares.

Si a estos rígidos requisitos le sumamos el hecho de que la noción de "ataque armado" excluye las formas más cruciales por las cuales un Estado puede apoyar a terroristas para llevar a cabo un ataque en el territorio de otro Estado, con el hecho de que aún en los casos en que el Estado es culpable de un ataque armado, se presentan serias dificultades a la hora de probar su vinculación con

<sup>130</sup>. Sobre esta postura véase, por ejemplo, IAN BROWNLIE, *International Law...* (op. cit. 129) pp. 219-224, 265, 281; ANTHONY D'AMATO, *Open Forum: Israel's Air Strike Against the Osiraq Reactor: A Retrospective* [en línea] Temple International & Comparative Law Journal. 1996. Disponible vía Web: [www.westlawinternational.com](http://www.westlawinternational.com) [base de datos]. Citado como: (10 TEMP. INT'L & COMP. L. J.); MARY ELLEN O'CONNELL, *The Myth of preemptive Self-Defense American Society of International Law*. 2002. Disponible vía Web: <http://www.asil.org/taskforce/oconnell.pdf>.

<sup>131</sup>. Sobre esta postura véase por ejemplo LUCY MARTÍNEZ. September 11th, Iraq ... (op. cit. 115); GREG TRAVALIO. *Terrorism, State Responsibility...* (op. cit. 103).

<sup>132</sup>. Véase, por ejemplo, OSCAR SCHACHTER, *The right of States to use armed force* [en línea] Michigan Law Review. April/May 1984. Disponible vía Web: [www.westlawinternational.com](http://www.westlawinternational.com) [base de datos]. Citado como: (82 Mich. L. Rev. 1620).

los particulares, tenemos en conclusión que el derecho internacional puede llegar a convertirse en los supuestos de prevención del terrorismo internacional en un "pacto suicida"<sup>133</sup>.

A pesar de ello, la doctrina de la "guerra preventiva" va mucho más allá de lo necesario para combatir la amenaza terrorista y es por ello que su posible aplicación representa una trasgresión a los propósitos fundamentales de la Carta.

Bajo su manta se admite un uso de la fuerza desmedido que puede llegar a extenderse indefinidamente en el tiempo. No respeta el requisito de proporcionalidad exigido por la legítima defensa.

Por su parte, la doctrina de la "guerra preventiva" supondría una sustancial flexibilización del concepto que tradicionalmente se tiene de ataque armado, necesidad e inminencia, elementos "fundamentales" para poder ejercer válidamente el derecho de la legítima defensa.

Igualmente, admite una flexibilización de las normas tradicionales de atribución por los hechos de los particulares ya que en ella se vincula directamente la amenaza que supone o puede llegar a suponer un grupo terrorista con el Estado que se limita a darle refugio, protección o ayuda.

A mi parecer, es imperativo resistir la tentación de expandir el concepto de legítima defensa, primero por los problemas que acarrearía una posible reconceptualización más laxa del concepto de ataque armado que podría aumentar las probabilidades de conflictos armados a través de la proliferación masiva de inmanentes derechos de legítima defensa, y, segundo, porque ampliar la legítima defensa a ámbitos preventivos supondría un debilitamiento a este derecho en sí, que a la larga sentaría las bases para recurrir a la agresión armada en casos donde no exista amenazas para el Estado.

3. Consideración final: el problema de la amenaza terrorista visto desde otra perspectiva<sup>134</sup>

Expandir el derecho de legítima defensa o flexibilizar las reglas de atribución para acomodarlas a posibles medidas unilaterales no hace más que exponer a la sociedad internacional a un peligro mayor.

<sup>133</sup>. LOUIS RENE BERES. *On international law and nuclear terrorism ...* (op. cit. 117).

<sup>134</sup>. Véase, por ejemplo, JOHN-ALEX ROMANO, *Combating terrorism and weapons of mass...* (op. cit. 117).

Una respuesta efectiva a este nuevo tipo de amenaza no puede implicar poner en peligro la existencia de estas reglas jurídicas que aún cumplen una función importante.

Las acciones preventivas deben ser entendidas como acciones excepcionales, no como un derecho inherente del Estado. En ese sentido, entiendo que repasar los conceptos del "consentimiento" y "estado de necesidad" como circunstancias excluyentes de ilicitud pudiesen arrojar algunas luces a este planteamiento.